



Centro Universitário de Brasília – UNICEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas - FAJS

SÔNIA MARIA DE ANDRADE SANTOS

**A interceptação telefônica e as Garantias Constitucionais: uma análise do
Habeas Corpus nº 0049876-36.2012.4.01.0000 – Operação Trem Pagador.**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB

Orientador: Professor Humberto Fernandes
de Moura

Brasília

2013

SÔNIA MARIA DE ANDRADE SANTOS

**A interceptação telefônica e as Garantias Constitucionais: uma análise do
Habeas Corpus nº 0049876-36.2012.4.01.0000 – Operação Trem Pagador.**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB

Orientador: Professor Humberto Fernandes
de Moura

Brasília, maio de 2013

Banca Examinadora

Prof. Humberto Fernandes de Moura

Orientador

Professor

Examinador

Professor

Examinador

AGRADECIMENTOS

Ao meu Deus que me deu direção e amparo ao longo desta jornada.

Aos meus amados filhos Valéria e Adrianno, razão e justificação da minha vida, pelo amor, estímulo e compreensão.

Ao meu pai, que infelizmente não viveu o suficiente para compartilhar este momento. À minha mãe, referência e amparo em todos os momentos.

Aos meus fiéis amigos que souberam entender as minhas escolhas.

Em especial a compreensão do Caio e da Catharina em razão de vê-los crescer a distância enquanto cuidava da minha capacitação e quero aqui declarar o meu grande e incondicional amor.

Ao Professor Humberto Fernandes pela capacidade, profissionalismo, compreensão e orientação, decisivos no sucesso da conclusão do meu curso.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo abordar a interceptação telefônica autorizada em juízo penal, como restrição aos direitos fundamentais de privacidade e intimidade do indivíduo, previsto no artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal, regulado pela Lei 9.296/96. Busca realizar análise dos critérios que vêm sendo utilizados por ocasião das autorizações judiciais para quebra das comunicações, à luz da Constituição Federal e da norma regulamentadora. Tem ainda por objetivo, realizar uma comparação entre os princípios constitucionais exigidos para a permissão de restrição de direitos fundamentais, em especial os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e os critérios positivados na lei. Como método de estudo, o presente trabalho realizou levantamentos doutrinários e jurisprudenciais, elencando julgados recentes acerca do tema, nos quais foram declaradas nulas as provas obtidas por intermédio da escuta telefônica, bem como das demais provas dela decorrentes. Para elucidar e exemplificar sobre o objetivo abordado – a interceptação telefônica e as garantias constitucionais - foi selecionado o *case* julgado pelo Tribunal Regional Federal, primeira região, em sede do *Habeas Corpus* 0048876-36.2012.4.01.0000/GO, cuja decisão analisada, em comparação aos posicionamentos doutrinários, principalmente jurisprudenciais, permite concluir que na busca pela condenação, a restrição ao direito fundamental à privacidade e intimidade é relativizado por meio de autorizações indiscriminadas e inadequadas, cuja norma regulamentadora é interpretada de diversas maneiras, em razão das lacunas apresentadas, denotando urgente adequação à realidade.

Palavras-chave: Interceptação Telefônica. Escuta Telefônica. Direitos Fundamentais. Quebra de sigilo telefônico. Prorrogação. Autorização Judicial. Fundamentação. Anulação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	3
1 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	6
1.1 Da prova.....	7
1.2 Prova ilícita e prova ilegítima.....	8
1.3 A interceptação telefônica e os direitos fundamentais.....	12
1.3.1 Direitos fundamentais: características.....	13
1.3.2 Da restrição aos direitos fundamentais.....	14
2 PRESSUPOSTOS AUTORIZATIVOS DA LEI 9.296/96.....	20
2.1 Dos meios de captação eletrônica da prova.....	21
2.1.1 Da gravação.....	21
2.1.2 Da escuta telefônica	22
2.1.3 Da interceptação telefônica.....	23
2.2 Da ampliação do art. 1º da lei em relação à Constituição.....	25
2.3 Finalidade da interceptação telefônica.....	29
2.4 Previsão alargada do § 1º do art. 1º da Lei 9.296/96.....	31
2.5 A não admissibilidade de interceptação telefônica.....	33
2.5.1 Indícios razoáveis de autoria ou participação.....	35
2.5.2 A interceptação como único meio de colheita da prova.....	37
2.5.3 Pena de reclusão e o princípio de proporcionalidade.....	39
2.6 Formas da interceptação telefônica: aspectos relevantes.....	45
2.6.1 Requisitos de competência da solicitação: subjetivo e formal.....	45
2.6.1.1 Determinação de ofício.....	46
2.6.1.2 A requerimento da autoridade policial ou Ministério Público.....	48
2.6.2 A necessária fundamentação do juiz.....	49
2.6.3 Renovação do prazo de concessão e o princípio de razoabilidade.....	51
2.6.4 Condução do procedimento da interceptação telefônica.....	55
2.6.5 Incidente de apensamento e inutilização.....	56
2.7 Cenário brasileiro e o Conselho Nacional de Justiça – CNJ.....	59
3 EXPOSIÇÃO DO CASO: OPERAÇÃO TREM PAGADOR.....	63
3.1 Histórico do caso.....	63
3.2 Análise da fundamentação da decisão.....	66
3.2.1 Crime punido com detenção: impossibilidade da medida.....	66
3.2.2 Inexistência de investigações preliminares.....	68
3.2.3 Necessidade não demonstrada no pedido.....	70
3.2.4 Fundamentação insuficiente do juiz.....	71
3.2.5 Ilícitude das provas.....	71
CONCLUSÃO.....	73
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	76

INTRODUÇÃO

O instituto da interceptação telefônica, tema da presente monografia, medida prevista no artigo 5º, inciso XII da Constituição da República foi regulamentado pela Lei 9.296/96, utilizada para a constituição de provas na investigação criminal e na instrução de processo penal.

O princípio da inviolabilidade do sigilo das comunicações, inserido no inciso XII, do artigo 5º da Carta Magna, vem sendo interpretado de forma divergente no âmbito jurisprudenciais, mais coesa se mostra a doutrina relativa ao tema, sugerindo decisões que primem pelo equilíbrio entre a invasão dos direitos e garantias individuais e o poder do Estado-juiz.

A Lei nº 9.296/96, objeto de regulamentação do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal da República, dispõe sobre as situações nas quais o procedimento pode ser adotado, seu alcance e os fins para os quais se destina. Determina, ainda, que tal procedimento só será autorizado judicialmente, devidamente justificado, na investigação de crimes que tenham como pena em abstrato a reclusão.

Pretende-se com este estudo realizar um cotejamento entre a previsão constitucional de permissão da exceção, com a regulamentação trazida pela norma, para ao final promover juízo de valor em relação à abrangência de cada preceito, ou seja, se a lei veio ou não em consonância com a ideia prevista na Constituição.

O tema “Interceptação Telefônica” como objeto de análise deste estudo, decorre ainda da observação, com base nos julgados, que a norma regulamentadora vem sendo interpretada e aplicada de maneira diferenciada pelos operadores do direito, não raro suscitando acaloradas discussões relativas ao real alcance da norma, e, de maneira incansável, buscando a verdadeira intenção do legislador.

O presente trabalho traz uma reflexão doutrinária em relação à permissão da medida de exceção e os direitos fundamentais do indivíduo (intimidade e privacidade), ante o caráter garantista da Constituição Federal, em razão das lacunas contidas na regulamentação, propiciando decisões nem sempre equânimes.

Os Tribunais vêm prolatando decisões diferenciadas ao interpretarem a norma regulamentadora, sem formação de entendimento majoritário. A doutrina é mais coesa e defende a inviolabilidade absoluta, no tocante ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, sendo admissível apenas a quebra das comunicações telefônicas, a partir do marco normativo fixado na Lei nº 9.296/96.

Julgados recentes mostram que o prazo considerado excessivo, a ausência de fundamentação e a admissão da interceptação antes de qualquer outro procedimento investigatório têm sido as principais causas de anulação de provas obtidas por este meio.

No HC n. 76.686/PR, de relatoria do Ministro Nilson Naves, decretou-se a anulação por excesso de prazo. No HC 137.349/SP foi concedida a ordem para anular as provas em razão da ausência de fundamentação, assim se manifestou a relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura em seu voto. Por ocasião da análise do HC n. 0049876-36.2012.4.01.0000/GO o relator, Desembargador Tourinho Neto concedeu a ordem para a anulação das escutas promovidas, em razão de ausência de qualquer outro procedimento investigatório prévio.

Por outro lado, existem decisões que permitem a prorrogação da interceptação telefônica além do tritídio legal, como por exemplo, no julgado do Supremo Tribunal Federal, RHC n. 85.575/SP, 2ª turma, Relator Ministro Joaquim Barbosa, desde que sejam devidamente fundamentadas.

A escolha do caso objeto de estudo deste trabalho se deu em razão da repercussão que a decisão ocasionou, na imprensa e no meio acadêmico, tendo em vista a importância político-social das pessoas envolvidas. A decisão foi amplamente divulgada e comentada pela imprensa, ocupando os noticiários por longo período.

O critério se ateve ainda, à fundamentação da decisão proferida no *Habeas Corpus* n. 0034475-07.2011.4.01.3500, qual seja, a inobservância ao inciso II, do artigo 2º da Lei 9.296/96, demonstrando a preocupação do julgador com o princípio da reserva legal.

No primeiro capítulo será tratada a necessidade inarredável da produção da prova, e ainda os critérios de tipificação da prova ilícita, ante a violação aos princípios constitucionais e a própria norma, discorrendo sobre as técnicas de interpretação sugerida, dogmática ou hermenêutica, perpassando pela teoria dos frutos da árvore envenenada.

O segundo capítulo promove uma análise sistemática da Lei 9.296/96, referente aos artigos mais utilizados como fundamento nas decisões prolatadas pela anulação das provas decorrentes da escuta telefônica. Será realizada uma análise comparativa da norma regulamentadora com o dispositivo constitucional, no tocante a abrangência da restrição.

Será ainda tratado no segundo capítulo o posicionamento do Conselho Nacional de Justiça, em relação ao tema, bem como compilação de dados relativos às interceptações levadas a cabo no período ali percorrido.

O terceiro capítulo é a exposição do caso objeto de estudo da presente monografia, com análise do voto do relator, suscitando os argumentos utilizados, dentro dos parâmetros normativos que norteiam o assunto, para ao final concluir se a decisão está ou não de acordo com os preceitos constitucionais e legais.

1 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal¹ outorgou ao legislador ordinário a restrição na inviolabilidade da correspondência e das comunicações, ocorrendo a regulamentação prevista por intermédio da Lei nº 9.296/96².

Este capítulo trata do direito à prova, ou seja, a busca da verdade real, pilar do direito penal, cujos métodos, embora imbuídos dos mais nobres objetivos, podem, em algum momento, atingir direitos fundamentais do indivíduo, limite este que poderá ser ultrapassado, em situações extremas, desde que para atendimento a outro igualmente protegido. No presente caso, busca-se o limiar entre a restrição à intimidade e privacidade do indivíduo e o interesse da sociedade na apuração de possíveis delitos praticados.

Trata ainda da restrição do direito fundamental (inviolabilidade e privacidade), observando a abrangência contida nos ditames constitucionais em relação aos requisitos contidos na lei autorizativa, buscando definir o limite entre a restrição e o interesse público, com vistas à atuação jurisdicional do Estado juiz.

Conveniente lembrar que a interpretação do alcance contido na previsão constitucional do artigo 5º, inciso XII³ não é pacífico, em relação a doutrina e jurisprudência, cuja divergência corresponde se a restrição atinge apenas as comunicações telefônicas, em face da expressão “no último caso” ou se também estão inclusas as comunicações de dados.

Aborda ainda, traçar uma diferenciação conceitual entre as provas consideradas ilícitas e ilegítimas, elencando os reflexos, alcance de cada uma e o tratamento dispensado, assim como a situação em que as mesmas, em que pese a natureza irregular da obtenção, poderão ser utilizadas como meio de provas.

¹ Art. 5º (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução penal.

² BRASIL. Lei Nº 9.296, de 25 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, n. 95, 25 julho 1996. Seção 1. p. 13757

³ Art. 5º (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

1.1. Da prova

O direito à prova está assegurado constitucionalmente no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal⁴, por via indireta de interpretação, como forma do exercício do contraditório e da ampla defesa.

O artigo 155 do Código de Processo Penal⁵ ressalta a importância da prova na convicção do magistrado, alertando para a observância do contraditório e da ampla defesa por ocasião da produção destas, definindo ainda as exceções nas quais estes princípios poderão ser mitigados.

Guilherme Sousa Nucci define o termo prova como originário do latim *probatio*, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, decorrente deste vem o verbo provar, do latim *probare* que corresponde verificar, examinar, aprovar, reconhecer por experiência, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar⁶.

Prossegue Guilherme Sousa Nucci afirmando que a prova corresponde a três momentos: (1) ato de provar: verificação da exatidão ou verdade do fato alegado pela parte; (2) meio: meio pelo qual se demonstra a verdade e (3) resultado da ação de provar: produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos. Corresponde, portanto, a ótica objetiva, os dois primeiros momentos e subjetiva o terceiro momento⁷.

O objetivo da prova é propiciar ao magistrado segurança na formação da convicção acerca da realidade dos fatos. Esta convicção íntima e racional deve ater-se ao conjunto produzido no processo, afastando as ideias pré-concebidas e a vivência pessoal, na medida do possível, o que macularia o princípio da imparcialidade do juiz⁸.

⁴ Art. 5º (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁵ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 356.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 356.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 357.

A prova produzida no âmbito da instrução processual, independente da parte que a produziu, pertence ao processo, podendo ser utilizada por todos, cujo objetivo é a apuração da verdade real dos fatos. Admite-se o compartilhamento de provas, a denominada prova emprestada, produzida num processo e aproveitada em outro pendente de decisão⁹.

Em homenagem aos princípios da verdade real e do impulso oficial, é permitido ao juiz, de ofício, determinar a produção de provas que entender pertinentes, sem que isso venha configurar-se na preocupação de beneficiar defesa ou acusação, mas tão somente na busca da verdade dos fatos, desde que obedeça ao procedimento legal do contraditório e da ampla defesa, ensina Guilherme de Souza Nucci¹⁰,

São aceitas todas as espécies de provas no processo penal que não afrontem o ordenamento jurídico. Este leque é ainda mais alargado quando se trata de procedimentos de competência do júri, no qual a ampla defesa é substituída pela plenitude de defesa, em razão do bem jurídico tutelado: a liberdade do indivíduo.

Conclui-se, portanto, que a obtenção de um conjunto probatório que venha comprovar ou não os indícios de materialidade e autoria contidos na denúncia deve ser feita com respeito à estrita legalidade, na eventualidade da permissão de restrições, estas devem ser executada sob este viés, sem jamais permitir que métodos ou estratégias maculem os elementos de convencimento que serão levados aos autos.

Observa-se uma crescente preocupação com o tema, de maneira especial denotado na modificação havida no Código de Processo Penal, por meio da Lei 11.690/2008, com a inclusão do parágrafo 1º ao artigo 157¹¹.

1.2. Prova ilícita e prova ilegítima

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 359.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 365.

¹¹ Art. 157 (...) §1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras

O artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal¹² proíbe as provas ilícitas em nosso ordenamento jurídico. Tal proibição deve ainda ser mantida por ocasião de compartilhamento de provas, devendo o magistrado analisar se no momento da produção foram observados os ditames constitucionais e legais.

A Lei 11.690/2008¹³ que alterou o artigo 157 do Código Processo Penal¹⁴ e introduziu ainda significantes modificações no *codex*, trouxe de maneira explícita a proibição de utilização de provas ilícitas, reafirmando o preceito constitucional e ainda determinando o desentranhamento das mesmas, como procedimento legal que se impõe, na hipótese de a coleta de tais provas ter se processado ao arrepio da lei.

Guilherme de Souza Nucci ensina que o termo *ilícito* advém do latim e configura dois sentidos: (1) sob o significado restrito, quer dizer proibido por lei; (2) sob o amplo sentido, significa ser contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais do direito¹⁵.

Continua afirmando que o conceito de ilicitude pode ser analisado sob dois prismas distintos: a forma de obtenção da prova proibida em lei, isto é, a materialmente ilícita, e, ainda a forma de introdução desta prova nos autos, definida como formalmente ilícita¹⁶.

A diferença entre provas ilegítimas e ilícitas consiste no fato de que aquelas são obtidas com afronta ao direito processual, enquanto estas são as provas obtidas com infringência ao direito material. Sendo patente, entretanto, o entendimento que ambas as formas de obtenção constituem gênero de provas ilegais, do qual seriam espécies as provas ilegítimas e as ilícitas¹⁷.

O Ministro Celso de Mello no julgamento do Habeas Corpus 93.050 deixa claro a posição majoritária de inadmissibilidade do Supremo Tribunal Federal em relação à ilicitude

¹² Art. 5º. (...) LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

¹³ BRASIL. Lei Nº 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 junho 1998.

¹⁴ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 367.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 367.

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 368.

das provas, sejam elas ilícitas originariamente ou ilícitas por derivação, conforme pode-se extrair do texto abaixo:

Ilicitude da prova. Inadmissibilidade de sua produção em juízo (ou perante qualquer instância de poder) – Inidoneidade jurídica da prova resultante de transgressão estatal ao regime constitucional dos direitos e garantias individuais. A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do *due process of law*, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A *Exclusionary Rule* consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do *male captum, bene retentum*. Doutrina. Precedentes. Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites – inultrapassáveis – que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros. A questão da doutrina dos frutos da árvore envenenada (*Fruits of the poisonous tree*): A questão da ilicitude por derivação. Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do *due process of law* e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes (...) A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos ‘frutos da árvore envenenada’) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal –, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. A questão da fonte autônoma de prova (*an independent source*) e a sua desvinculação causal da prova ilicitamente

obtida. Doutrina. Precedentes do STF (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.) – Jurisprudência Comparada (A experiência da Suprema Corte americana): casos ‘*Silverthorne Lumber co. v. United States*(1920); *Segura v. United States* (1984); *Nix v. Willams* (1984); *Murray v. United States* (1988)’, v.g.” (HC 93.050, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10-6-2008, Segunda Turma, *DJE* de 1º-8-2008.) No mesmo sentido: HC 90.094, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 8-6-2010, Segunda Turma, *DJE* de 6-8-2010; HC 90.298, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 8-9-2009, Segunda Turma, *DJE* de 16-10-2009¹⁸.

Argumenta o Ministro Celso de Melo, no mesmo sentido, nesta feita como relator no julgamento do *Habeas Corpus* 149.250/SP:

“[...] a absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova – de qualquer prova – cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica”¹⁹.

Sustenta por outro lado Guilherme de Souza Nucci que, se a prova for obtida por meios ilícitos cuja destinação seja a absolvição do acusado ou visando à descoberta de um sequestro e libertação da vítima, por exemplo, estas devem ser aceitas em homenagem à teoria do interesse predominante ou proporcionalidade. Porém, o entendimento de imprestabilidade da prova produzida ilicitamente deve ser predominante, aplicando-se de forma comedida a excepcionalidade com vistas ao caso concreto²⁰.

Justifica Fernando da Costa Tourinho Filho: “[...] já se esboça na doutrina um movimento no sentido de não emprestar a esse princípio constitucional que inadmite as provas obtidas ilicitamente uma importância maior que supere o direito de liberdade”²¹.

Em sintonia com as afirmações acima, Ada Pellegrini Grinover afirma ao analisar a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade ao caso concreto: “[...] se uma prova for

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 93050/ RJ. Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 10/06/2008, **DJe** 142 de 01 ago. 2008, pg. 00700.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 149.250-SP. Quinta turma criminal, de 07 de junho de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1040837&sReg=200901925658&sData=20110905&formato=PDF>. Acesso em: 16 mar.2012. **Diário Justiça-e** p.1-31.

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 371.

²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.562.

obtida por mecanismo ilícito, destinando-se a absolver o acusado, é de ser admitida, tendo em vista que o erro judiciário precisa ser a todo custo, evitado[...]"²².

A Teoria dos frutos da árvore envenenada ou “fruit doctrine”, acima mencionada, adotada largamente nos Estados Unidos desde 1914 pelos Tribunais Federais e Estaduais, a partir de 1961, teve sua importância e utilização a partir do caso “Silverthorne Lumber Co.” *versus* “United States”, que consistiu, em suma, da proibição de utilização e da entrega de documentos, por determinada pessoa, cuja descoberta foi efetuada pela Polícia por ocasião de prisão ilegal. Ou seja, a prova foi ilicitamente produzida não sendo permitido seu aproveitamento²³.

Discute-se acerca da aceitação da teoria dos frutos da árvore envenenada no direito brasileiro, não sendo pacífico o entendimento da sua aplicabilidade. Existem decisões em ambos os sentidos, inclusive no Supremo Tribunal Federal, como por exemplo, nos *Habeas Corpus* 81.993/MT²⁴ e *Habeas Corpus* 69.912/RS²⁵, mostrando que a aplicação está relacionada ao caso concreto.

A mitigação desta teoria, conforme leciona Guilherme Nucci, vem por intermédio de duas exceções: (1) a inexistência de nexo causal entre a prova ilícita e a prova acoimada e derivada da primeira; e, (2) prova separada, que significa que a mesma seria produzida de qualquer jeito ou conseguida independentemente da prova ilícita²⁶.

Presentes os pressupostos acima mencionados no caso concreto, a decisão em relação a existência de nexo de causalidade entre as provas, deve ser necessariamente pela exclusão dos autos do conjunto das provas.

1.3 A interceptação telefônica e os direitos fundamentais

²² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 23 ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2007. p. 383.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 371.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº HC 81993 /MT. Primeira Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 17/06/2002, **Diário da Justiça** 02-08-2002 PP-00084 EMENT VOL-02076-05 pg. 00898

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 69.912/RS. Tribunal Pleno. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 16/12/1993, **Diário da Justiça** 25/03/1994, vol.155. pg. 508.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 375

O sistema acusatório e o garantismo penal, ambos constitucionalmente garantidos, devem trilhar caminhos nos quais seja imputado ao indivíduo um mínimo de violação aos direitos fundamentais. Tanto a lei quanto a doutrina, estabelecem requisitos em relação à violação das comunicações por meio da interceptação telefônica. O desrespeito aos ditames constitucionais e legais deve ser afastado, tendo em vista que tais direitos estão apenas sendo restringidos, em nome de outro igualmente fundamental, mas não suspensos.

1.3.1 Direitos Fundamentais: características

O conceito de direitos fundamentais e a atribuição de suas características é um processo complicado, por vezes impossível, tendo em vista a imputação particular por parte de cada Estado, levando em consideração que dependem de fatores extrajurídicos, especialmente das peculiaridades, da cultura e da história dos povos²⁷.

Neste sentido pode-se afirmar que todos os seres humanos são titulares de direitos fundamentais, entretanto, dada a especificidade de alguns direitos, estes não se ligam a toda e qualquer pessoas, muito menos são coincidentes em todos os lugares do mundo, muito menos absolutos quanto a sua fruição²⁸.

Uma característica essencial é que tais direitos sempre estão previstos na norma de mais alta hierarquia (constituição), por vezes na forma de princípios, servindo como referencial às demais normas. A positivação desses direitos na ordem jurídica os diferencia dos denominados direitos humanos, de caráter supranacional, posto que encontram-se inseridos em documentos de direito internacional²⁹.

Outra característica diz respeito à indisponibilidade do direito fundamental, tendo em vista sua fundamentação na dignidade da pessoa humana. Ou seja, o titular não poderá prescindir destes direitos, quer seja jurídica ou materialmente.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, pg. 142.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, pg. 143.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, pg. 143.

A vinculação alargada no polo passivo, que engloba os poderes do Estado (executivo, legislativo e judiciário), faz com que as normas da administração pública em geral sejam editadas em estrita consonância com os direitos fundamentais. As relações privadas devem ser pautadas também por estes direitos³⁰.

O direito fundamental tem sua aplicabilidade imediata, não carecendo de atuação do legislador por meio da formalidade da norma, tendo em vista que estão albergados pela Constituição, obra do poder constituinte originário, expressão da vontade do povo³¹.

A Constituição Federal de 1988 veio consolidar e alargar direitos ao incluir, além dos direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, todos albergados pelo Título II da norma máxima, correspondendo os Direitos e Garantias Fundamentais. Tais direitos e garantias em razão da condição atribuída como cláusulas pétreas, acarretam, assim, barreiras de ordem material e formal à reforma constitucional, conclui Adércio Sampaio³².

1.3.2 Da restrição aos direitos fundamentais

Afirmam o Ministro Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco que existe uma “trivialidade” na aplicação de restrições dos direitos individuais, conforme recorte que trazemos à colação:

“[...] Além do princípio geral da reserva legal, enunciado no art. 5º, II, a Constituição refere-se expressamente à possibilidade de se estabelecerem restrições legais a direitos nos incisos XII (inviolabilidade do sigilo postal, telegráfico, telefônico e de dados), XIII (liberdade de exercício profissional) e XV (liberdade de locomoção) [...]”³³.

A Constituição de 1988 consagrou a possibilidade de restrição de direitos na forma direta (no próprio texto constitucional) e indireta (por meio do legislador ordinário),

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, pg. 143.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, pg. 153.

³² SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte. Editora Del Rey. 2004. pg. 20.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, pg. 194.

levando a premente necessidade de ao promover a restrição, identificar precisamente o direito submetido à supressão³⁴.

A restrição ao direito à inviolabilidade nas comunicações, conforme artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal³⁵, é exemplo da restrição indireta, vez que a violação somente se procederá mediante requisitos formais e materiais descritas em norma infraconstitucional.

Consta ainda do artigo 5º, inciso X da Constituição Federal³⁶ que são invioláveis, dentre outras, a intimidade e a vida privada das pessoas, sendo estes considerados direitos de personalidade.

Importa destacar a localização da previsão constitucional acima mencionadas em relação à (in)violabilidade, ora excetuada pela norma em análise, que se constituindo em direito fundamental, há que ser levado em consideração a dignidade como qualidade intrínseca da pessoa humana, como bem observa Ingo Wolfgang Sarlet³⁷.

Asseveram Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho que artigo 5º da Constituição Federal, contém a cadeia de princípios, embora não taxativos, que regem os princípios e as garantias fundamentais, erigidos à condição de cláusulas pétreas. A doutrina denomina os princípios que tutelam direitos e instrumentalizam suas garantias, relativos a foro íntimo (intimidade e privacidade) de direito à personalidade³⁸.

Nesse diapasão, o direito fundamental à intimidade é classificado como um direito negativo, pois protege o indivíduo de ingerências do poder estatal, observa Cristina Garófolo, ao citar Ingo Wolfgang Sarlet, buscando conceituar direitos fundamentais, assim se expressa: “são, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, pg. 197.

³⁵ Art. 5º (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

³⁶ Art. 5º (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. Editora Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2004. p. 45.

³⁸ CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo. **Reformas penais em debate**. 1.ed. Editora Lumen Juris. 2005. p.152-153.

a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”³⁹.

A outro giro manifesta-se Ingo Wolfgang Sarlet, que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente “limite e tarefa dos poderes estatais, sendo assim, o poder originário desponta como positivador de suas próprias ações, além do irrenunciável papel de protetor do cidadão nos limites de sua soberania, por vezes fora dela”⁴⁰.

Precioso ensinamento propõem do Ministro Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, ao analisarem a colisão de direitos fundamentais. Observam que a escolha da restrição de um direito em relação ao outro, perpassa pela aplicação dos princípios da proporcionalidade e ponderação, sempre voltada ao caso concreto, conforme manifestação abaixo transcrita:

“[...] O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade que exige o sacrifício de um direito seja útil par a solução do problema, que não haja outro meio menos danosos para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício eu se pretende obter com a solução [...]”⁴¹

Em relação ao tema “interceptação telefônica” o juízo de ponderação foi legalmente exercido pelo legislador por meio da lei regulamentadora, porém, nada impede e até se exige, que esta mesma ponderação seja praticada pelo juiz por ocasião da análise do pedido da autorização formulado pela polícia ou pelo Ministério Público.

Lênio Luiz Streck ao abordar o assunto, alerta para a necessidade de constante vigilância em relação à utilização de instrumentos, criados como meios de repressão superdimensionados pelo coletivo social, como forma de justificar a intervenção estatal cada

³⁹ GARÓFALO, Cristina Bueno. Interceptações telefônicas na investigação criminal e proteção à intimidade individual: **conflitos de harmonização possíveis no sistema jurídico-penal contemporâneo**. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/IVmostra/IV_MOSTRA_PDF/Ciencias_Criminais/71289-CRISTINA_BUENO_GAROFALLO.pdf>. Acesso em: 30 out. 2012

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constiuição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2004. p. 47.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, pg. 184.

vez mais forte na esfera individual do cidadão, justificando a mitigação dos direitos e garantias constitucionalmente garantidos⁴².

Sob a mesma perspectiva, continua afirmando que a sociedade em face dos índices crescentes de violência, por vezes superdimensionados, vem exigindo e permitindo às casas legislativas maior intervenção estatal na esfera privada o indivíduo, sem a devida discussão e amadurecimento dos temas tratados⁴³.

A correta interpretação da norma se faz a partir do conjunto decorrente do texto da lei, do que os juízes interpretam, o que os advogados argumentam e ainda pela produção teórica dos doutrinadores. Esta sistemática deve manter como referência e obediência o texto e os princípios que norteiam a Constituição.

Em consonância com este pensamento, Luiz Flávio Gomes adverte que a atividade jurisdicional vai além da legitimação formal para a concretização do estado democrático. A legitimação da magistratura no Estado Democrático de Direito passa necessariamente pela independência e ausência de ingerências externa e interna. O juiz deve ser um árbitro imparcial, aplicando não apenas a norma positivada, mas o ordenamento jurídico global, atentando para os princípios e valores constitucionais⁴⁴.

Para tal propósito, a hermenêutica é sugerida como forma de interpretação e alcance da restrição, cuja decisão deverá ser calcada no sistema jurídico-político-social. A Lei 9.296/96 não foge à regra, cuja interpretação não poderá ser feita apartada dos princípios constitucionais, primando pela ponderação dos direitos envolvidos, sob pena de decisão nula e temerária.

Deve, pois, o intérprete sempre inserir organicamente o texto a ser interpretado em um sistema, o ordenamento jurídico, em recíproca dependência com as demais regras de direito, nascendo daí o que se convencionou chamar de interpretação sistemática. Como

⁴² STREK, Lenio Luiz. As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais. Constituição, cidadania, violência: **a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. pg. 27

⁴³ STREK, Lenio Luiz. As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais. Constituição, cidadania, violência: **a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pg. 30

⁴⁴ GOMES, Luiz Flavio. A dimensão da magistratura: no estado constitucional e democrático de direito: **independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. pg. 24-36.

afirma Eros Grau, "não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços". A interpretação de qualquer texto normativo, em qualquer circunstância, impõe sempre ao intérprete caminhar por um percurso que se projeta a partir do próprio teor do texto até a Constituição"⁴⁵.

A via hermenêutica é sem sombra de dúvidas a mais desimpedida de obstáculos à preservação da ordem constitucional, asseveram Renato Andrade, Adriana Monteiro Ramos e outros ao analisar o posicionamento do Ministro Eros Graus, e prosseguem:

“[...] isto porque a nova hermenêutica propõe uma ampliação do círculo dos intérpretes da Constituição para incluir outros agentes sociais, até o momento excluídos do processo interpretativo, o que favorece a consolidação de um Estado Democrático de Direito, esteio de uma ordem social preocupada com a garantia dos direitos fundamentais [...]”⁴⁶.

Ou seja, o papel do intérprete juiz vai muito além da norma posta e da subsunção do caso concreto à previsão legal, revestindo-se agora de um caráter produtor, não mais de mero aplicador, sem afastar-se dos ditames constitucionais, nem tampouco reformá-la na busca de soluções. Antes visa à adequação, via interpretação, da melhor aplicação da norma existente ao caso concreto.

O sigilo das comunicações é corolário do direito da livre expressão do pensamento, afirmam o Ministro Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, expressão do direito de intimidade e privacidade. Prosseguem, a “quebra da confidencialidade da comunicação significa frustrar o direito do emissor de escolha do destinatário da comunicação”⁴⁷.

A vida em comunidade, com interações entre pessoas impede que os direitos de privacidade e intimidade, como tantos outros, tomem caráter absoluto, tendo em vista que o interesse público também é albergado pela norma constitucional.

A proposta firma-se no sentido de que na eventualidade de colisão desses direitos (intimidade/privacidade e interesse público), a decisão seja tomada com base na ponderação

⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 44.

⁴⁶ ANDRADE, Renato Faloni de; RAMOS, Adriana Monteiro et al. A interpretação do Direito em Eros Grau. Repensando o paradigma. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2505, 11 maio 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14826>>. Acesso em: 31 out. 2012.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, pg. 293.

da importância de cada direito e ainda escolhendo a solução menos invasiva a cada uma das garantias constitucionais.

A inexistência de direitos absolutos é entendimento pacífico, mesmo tratando-se de direitos fundamentais. A necessidade, em casos de fundamentada exceção, de restrição de um direito em face de outro, igualmente fundamental, deve ser autorizada sob o crivo dos princípios da proporcionalidade e da ponderação.

Mesmo ante a previsão constitucional de restrição qualificada, como é o caso da inviolabilidade das comunicações, levando em consideração a afronta á intimidade que este mecanismo significa, há que se perquirir em relação à inafastável necessidade de concessão da medida, não servindo à conveniência dos órgãos acusatórios, levando em consideração ainda que a interceptação, quando autorizada, é realizada longe do contraditório e da ampla defesa.

Direito fundamental existe enquanto garantia, pairando sobre as demais normas. De aplicabilidade imediata, sujeitando Estado e particulares, em face da real necessidade de restrição, a decisão deve ser tomada de forma sopesada, balizada pelos princípios reinantes na Carta Magna, atentando essencialmente para a dignidade da pessoa.

O próximo capítulo trata da norma regulamentadora, dentro de uma análise em relação aos requisitos autorizativos ali constantes, elencando entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da admissibilidade da medida, trazendo sugestões sobre melhor operacionalização do procedimento, para ao final concluir pela necessidade de alteração da lei.

2 PRESSUPOSTOS AUTORIZATIVOS DA LEI 9.296/96

Demonstrada a necessidade de restrição ao direito de inviolabilidade das comunicações, artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal, esta deverá ser implementada conforme os requisitos constantes da Lei 9.296/96.

Desde o ingresso da lei no ordenamento jurídico, surgiram críticas emanadas dos operadores do direito, em especial da doutrina, em relação aos requisitos propostos na norma regulamentadora, e até mesmo, relativas ao tipo de linguagem utilizada, ao argumento que a norma trouxe previsões além dos ditames constitucionais.

Entendem os críticos, Ada Pellegrine, Vicente Greco, Luiz Flávio Gomes, dentre outros, que a lei cujo objetivo é a disciplina da exceção, viola direitos e garantias constitucionais, bem como não oferece a segurança jurídica exigida, e até mesmo, entendem outros, trouxe em seu bojo previsões que vão além daquelas contidas na Constituição, em razão disso exigindo urgente modificação ou a retirada do ordenamento jurídico de partes da mesma, por considerá-los inconstitucionais⁴⁸.

Em face ao aparente conflito entre proteção e possibilidade de restrição de direitos e garantias fundamentais, a restrição, quando autorizada, deve atender aos critérios de proporcionalidade, necessidade e utilidade, e sua aplicabilidade deve ser a menos gravosa possível, só se justificando para a proteger outro direito fundamental constitucionalmente garantido. “Uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição”, observa Alexy⁴⁹.

Este capítulo trata dos requisitos trazidos na lei de regulamentação da interceptação das comunicações telefônica, sendo os demais conceitos (gravação e escuta telefônica) tratados apenas pela doutrina, com análise dos pontos considerados mais controversos e a exposição de decisões cuja fundamentação se processou em atendimento à estrita previsão legal e faz análise conceitual e prática das medidas, gravação, escuta e interceptação telefônica, suas possibilidades, adequação e natureza jurídica.

⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Interceptação telefônica: **lei 9.296, de 24.07.96**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 95.

⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008

2.1 Dos meios de captação eletrônica da prova

2.1.1 Da gravação

Gravações telefônicas consistem na captação de uma comunicação telefônica feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, que não se confundem com as interceptações telefônicas (estas só ocorrem quando há a intervenção de um terceiro na comunicação), ou seja, estão fora da disciplina jurídica da Lei n. 9.296/96.

Significa que em relação ao procedimento não existe norma regulamentando, configurando abominável omissão legislativa, embora se trate de assunto de alta relevância e aplicabilidade que deva ser disciplinado legalmente.

Foi consolidado o entendimento de que a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores pode ser usada como prova, mesmo que tenha sido feita sem qualquer autorização ou sem o conhecimento de quem estava na outra ponta da linha. O entendimento foi reafirmado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal⁵⁰.

O relator do processo, ministro Cezar Peluso, sustentou que o uso da conversa gravada é perfeitamente legal neste caso, sobretudo se ela é usada para defesa própria em investigação criminal. O ministro ressaltou que em conversas protegidas por sigilo constitucional — como entre advogados e clientes ou padres e fiéis — o entendimento é diferente⁵¹.

Mas se a conversa gravada não se encaixa nestes casos, “a gravação é clandestina, mas não ilícita, nem ilícito é seu uso, em particular como meio de prova”. A decisão da 2ª Turma do Supremo foi unânime e assim se manifestou o relator, Ministro César Peluso por ocasião da análise do Recurso Extraordinário n. 402.717-8/PR, abaixo colacionado:

[...] Como longamente já sustentei alhures, não há ilicitude alguma no uso de gravação de conversação telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, com a intenção de produzir prova do intercurso, sobretudo para defesa própria em procedimento criminal, se não pese, contra tal divulgação, alguma específica razão jurídica de sigilo nem de reserva, como a que, por exemplo, decorra de relações profissionais ou ministeriais, de particular tutela da intimidade,

⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Interceptações e Gravações. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 267.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 402.717-8/PR, Relator Ministro César Peluso. Segunda turma, julgado em 02/12/2008, **Diário da Justiça n.30**, 13 fev.2009.

ou doutro valor jurídico superior. A gravação aí é clandestina, mas não ilícita, nem ilícito é seu uso, em particular como meio de prova [...] ⁵².

Sustenta ainda Guilherme de Souza Nucci que, na hipótese da gravação ser realizada, captando conversa entre duas pessoas, em local público, há de ser aceita como lícita, com valor probante, portanto, ao argumento de que assuntos sobre os quais os interlocutores desejem manter sigilo devam fazê-lo em local apropriado e privativo ⁵³.

Não se defere o mesmo tratamento a prova, na eventualidade da gravação decorrer de conversas havidas no interior de domicílio, cuja inviolabilidade só é afastada por meio de autorização judicial, sendo neste caso consideradas ilícitas.

2.1.2 Da escuta telefônica

Procedimento realizado por terceiro com o conhecimento de um dos interlocutores da conversa, não estando, dessa forma, sujeito ao regramento contido na Lei 9.296/96. Em se tratando de assuntos de cunho sigiloso, não pode a prova ser aceita como lícita em razão da violação ao direito de intimidade e segredos ali revelados, assim entende Guilherme de Souza Nucci ⁵⁴.

A outro giro, se a escuta for efetuada em local público, com gravação de áudio e vídeo, por exemplo, transforma-se em escuta ambiental, cujo valor probante é considerado. Caso a escuta seja realizada em lugar privativo é considerada ilícita por afrontar o princípio constitucional que garante a intimidade e privacidade ⁵⁵.

A escuta telefônica promovida por terceira pessoa, com o consentimento de um dos interlocutores, pode ser considerada lícita ou ilícita dependendo da natureza dos diálogos, na hipótese da existência de segredos, cujo resguardo se pretende, não poderá ser usada como prova. Caso contrário é perfeitamente cabível a utilização.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 402.717-8/PR, Relator Ministro César Peluso. Segunda turma, julgado em 02/12/2008, **Diário da Justiça n.30** 13 fev.2009.

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 376.

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 376.

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 376.

Em todas as situações acima descritas as proibições serão afastadas, dando lugar a aceitação da prova, quando estes procedimentos visem o exercício de defesa, levando em consideração a valoração do bem jurídico tutelado, tais como vida, liberdade, dentre outros.

2.1.3 Da interceptação telefônica

Na definição de Aurélio Buarque de Holanda⁵⁶, o termo “*interceptar*” do qual deriva “*interceptação*” significa interromper o seu curso, tomar conhecimento, fazer parar; apoderar-se de surpresa do que é enviado a alguém.

Não nos parece o significado mais apropriado para o procedimento, tendo em vista que na configuração ora aplicada, o apoderamento não pressupõe interrupção, mas tão somente acesso ao conteúdo vinculado na comunicação, o qual posteriormente será transcrito e levado aos autos.

Luiz Flávio Gomes analisando o conceito juridicamente, assim se manifesta:

“Do ponto de vista jurídico (mais precisamente na Lei 9.296/96) a palavra interceptação não corresponde exatamente ao seu sentido idiomático. Interceptar uma comunicação telefônica não quer dizer interrompê-la, impedi-la, detê-la ou cortá-la. Na lei a expressão tem outro sentido, qual seja o de captar a comunicação telefônica, tomar conhecimento, ter contato com o conteúdo dessa comunicação”⁵⁷.

Temos dessa forma, conforme lecionam Ada Pellegrine Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes que a interceptação é canal por meio do qual se apreendem os “elementos fonéticos”; a transcrição desses “elementos fonéticos” levados aos autos constituem os meios de prova⁵⁸.

Lima Neto expõe sua opinião sobre o tema nos seguintes termos:

“[...] não há dúvida de que o diploma legal em evidência é de grande valia no combate ao crime sob todas as suas formas, e em especial aos denominados “crimes do colarinho branco”, onde a colheita de provas se constitui numa tarefa bastante árdua, uma vez que o indivíduo que realiza esse tipo de conduta delituosa

⁵⁶ HOLANDA, Aurélio Buarque. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**, Editora Nova Fronteira, versão eletrônica, 1996. Disponível em: < www.dicio.com.br>. Acesso em: 1 jun. 2012.

⁵⁷ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica: lei 9.296, de 24.07.96**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 95.

⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Interceptações e Gravações. As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 267.

geralmente possui um alto nível de escolaridade, estando apto a tomar cuidados especiais no intuito de não deixar vestígios de sua ação criminosa [...]”⁵⁹.

A questão da interceptação telefônica versa sobre o direito de o Estado, na luta contra a criminalidade, lançar mão de instrumentos, que por sua natureza, adentrarão na esfera privada dos cidadãos, restringindo direitos constitucionalmente garantidos.

Este procedimento pode se revestir de caráter lícito, quando autorizado e processado conforme a lei ou caráter ilícito quando efetuado sem a observância dos preceitos constitucionais e legais que o norteiam, ponderam Ada Pellegrine Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes⁶⁰.

Antes da Constituição de 1988 a inviolabilidade das correspondências, comunicações telegráficas e telefônicas eram quase absolutas, sendo permitidas somente em estados de exceção⁶¹.

Após a promulgação da constituição de 1988, a doutrina e jurisprudência, discorriam sobre a possibilidade da interceptação nos moldes do artigo 57, inciso II, letra “e” do Código Brasileiro das Telecomunicações (Lei 4.117/62)⁶². Porém, o Supremo Tribunal Federal quando instado a se manifestar a cerca do assunto, no *Habeas Corpus* n. 69.912/RS⁶³ declarou que tais provas eram ilícitas, à luz da previsão contida no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal⁶⁴, ante a inexistência de norma regulamentadora, abaixo transcrito:

TELEFÔNICA, INDEVIDAMENTE AUTORIZADA, OU ENTENDERAM SER IMPOSSÍVEL, NA VIA PROCESSUAL DO HABEAS CORPUS, VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE PROVAS LIVRES DA CONTAMINAÇÃO E SUFICIENTES A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO QUESTIONADA; NULIDADE DA PRIMEIRA DECISÃO, DADA A PARTICIPAÇÃO DECISIVA, NO JULGAMENTO, DE MINISTRO IMPEDIDO (MS 21.750, 24.11.93, VELLOSO); CONSEQUENTE RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO, NO QUAL SE DEFERIU A ORDEM PELA PREVALÊNCIA DOS

⁵⁹ LIMA NETO, José Henrique Barbosa Moreira. Da Inviolabilidade de dados: inconstitucionalidade da Lei 9296/96. (Lei de interceptação de comunicações telefônicas). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 2, n. 14, 1 jun. 1997. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/197/da-inviolabilidade-de-dados-insconstitucionalidade-da-lei-9296-96#ixzz1wB1e9LGY>>. Acesso em: 1 jun. 2012.

⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Interceptações e Gravações. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 166.

⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Interceptações e Gravações. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 170

⁶² Art. 57, II (...) e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 69.912/RS. Tribunal Pleno. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 16/12/1993, **DJ 25/03/1994**, vol.155. pg. 508.

⁶⁴ Art. 5º (...) LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

CINCO VOTOS VENCIDOS NO ANTERIOR, NO SENTIDO DE QUE A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A DISCIPLINA-LA E VIABILIZA-LA - CONTAMINOU, NO CASO, AS DEMAIS PROVAS, TODAS ORIUNDAS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NA ESCUTA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE), NAS QUAIS SE FUNDOU A CONDENAÇÃO DO PACIENTE⁶⁵.

Em que pese as renomadas posições concordantes acerca da utilização desta ferramenta (interceptações telefônicas), no combate aos crimes perpetrados, na sua maioria, por quadrilhas altamente articuladas e com indubitosa periculosidade, com acesso ao que de melhor existe e pode oferecer a tecnologia na área das comunicações, há que se compatibilizar com o caráter de exceção que a medida em si representa.

Com a edição da lei regulamentadora, a discussão desloca-se do campo da permissividade para adentrar nos limites nos quais esta norma será utilizada, vislumbrando na aplicação da norma colisão de dois direitos fundamentais, quais sejam, o interesse público de ver julgados os delitos e o direito à privacidade e intimidade do cidadão.

Ao sentir da doutrina majoritária, Vicente Greco Filho, Flávio Luiz Gomes, Ada Pelegrine e outros, o legislador pátrio concebeu um diploma legal com uma abrangência maior do que aquela vislumbrada pela norma constitucional e ainda com lacunas que permitem a legiferação do julgador, acarretando relevantes dissonâncias nos julgados, e por consequência restrições às garantias constitucionais sem o devido sopesamento.

2.2 Da ampliação do artigo 1º da lei em relação à Constituição

Assim prevê o artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal:

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

O artigo 1º da Lei 9.296/96, ao regulamentar a restrição prevista constitucionalmente, estabelece:

Art. 1º “A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 69.912/RS. Tribunal Pleno. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 16/12/1993, **DJ 25/03/1994**, vol.155. pg. 508.

disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça”.

Na visão de Lênio Luiz Streck a Lei 9.296/96 em relação ao artigo 5º, inciso XII, da Constituição, veio atender à preocupação do constituinte em estabelecer circunstâncias nas quais, em caráter de excepcionalidade, o sigilo naquela garantido, poderia ser violado. Porém, não teve o condão de fornecer a segurança jurídica esperada⁶⁶.

A inviolabilidade do sigilo nas comunicações, por estar inserta no Título II da Constituição Federal, constitui-se, conforme já analisado, além de garantias e direitos fundamentais, também em cláusula pétrea.

De acordo com o artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal⁶⁷, o qual define como se processará as emendas à Constituição, confere ao tema, dada a sua natureza, tratamento diferenciado quanto aos requisitos formais de modificação, de interpretação e fundamentos, mas principalmente em relação a seu alcance.

Para Lênio Luiz Streck a divisão do sistema de comunicações consiste em quatro situações distintas: (1) a correspondência, (2) as comunicações telegráficas, (3) as comunicações de dados e (4) as comunicações telefônicas⁶⁸.

A aplicação do instrumento normativo, pressupõe a existência de três pilares: em primeiro lugar, a autorização deve ser efetivada por juiz competente, significa que devem ser observados os privilégios dos foros, de acordo com o agente, por exemplo; em segundo lugar a autorização só poderá ser concedida para constituir provas em processo penal ou instrução de processo penal. Por último trata-se do sigilo requerido em todo o procedimento, na preservação e veracidade dos dados colhidos⁶⁹.

⁶⁶STREK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais. constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.13.

⁶⁷Art. 60 (...) § 4º - “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
IV - os direitos e garantias individuais.”

⁶⁸STREK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais. constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 45

⁶⁹STREK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais. constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 41-44.

A referida lei, na visão dos autores Ada Pellegrine Grinover e Vicente Greco Filho já mencionados, subverteu a abordagem prevista na Constituição Federal, quanto à permissividade da quebra do sigilo ali garantidos, dando-lhe interpretação ampliada, tendo em vista que a previsão constitucional se reveste de caráter restritivo em relação ao tema, em razão de considerar o sigilo como regra, enquanto a autorização para execução da interceptação em procedimentos investigatórios a exceção.

O 1º artigo da Lei 9.296/96⁷⁰ ao ampliar as possibilidades de aplicação utilizando-se do termo “de qualquer natureza”, atua de forma contrária ao preceito constitucional restritivo, contido no inciso XII do artigo 5º, da Constituição Federal⁷¹, que utiliza a expressão restritiva “[...] salvo, no último caso”[...], com viés claramente de excepcionalidade, tendo em vista tratar-se de restrição de direitos fundamental e ainda vislumbrando o espírito da norma máxima calcado nas garantias e direitos do cidadão

Nesse diapasão, a Lei 9.296/96, ou qualquer outra norma infraconstitucional, não tem o condão de suprimir direitos e garantias constitucionalmente albergadas. Em sintonia com esse entendimento, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião da análise do Habeas Corpus n. 137.349/SP, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma:

HABEAS CORPUS. "OPERAÇÃO CASTELO DE AREIA". DENÚNCIA ANÔNIMA NÃO SUBMETIDA À INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR. DESCONEXÃO DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA MEDIDA CAUTELAR. QUEBRA DE SIGILO DE DADOS. OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO FORMAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE MOTIVOS IDÔNEOS. BUSCA GENÉRICA DE DADOS.

As garantias do processo penal albergadas na Constituição Federal não toleram o vício da ilegalidade mesmo que produzido em fase embrionária da persecução penal. A denúncia anônima, como bem definida pelo pensamento desta Corte, pode originar procedimentos de apuração de crime, desde que empreendida investigações preliminares e respeitados os limites impostos pelos direitos fundamentais do cidadão, o que leva a considerar imprópria a realização de medidas coercitivas absolutamente genéricas e invasivas à intimidade tendo por fundamento somente este elemento de indicação da prática delituosa. A exigência de fundamentação das decisões judiciais, contida no art. 93, IX, da CR, não se compadece com justificação transversa, utilizada apenas como forma de tangenciar a verdade real e confundir a defesa dos investigados, mesmo que, ao depois, supunha-se estar imbuída dos

⁷⁰ Art. 1º “A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça”.

⁷¹ Art. 5º (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal

melhores sentimentos de proteção social. Verificada a incongruência de motivação do ato judicial de deferimento de medida cautelar, in casu, de quebra de sigilo de dados, afigura-se inoportuno o juízo de proporcionalidade nele previsto como garantia de prevalência da segurança social frente ao primado da proteção do direito individual. Ordem concedida em parte, para anular o recebimento da denúncia da Ação Penal n.º 2009.61.81.006881-7⁷².

Pelas reflexões promovidas, conclui-se que a terminologia restritiva contida na Constituição Federal, “[...] salvo, em último caso [...]”, em comparação à aplicabilidade alargada prevista na Lei 9.296/96, “[...] de qualquer natureza [...]”, vislumbra-se, na melhor das hipóteses, uma incongruência de ideologias, entre o legislador constituinte e este regulamentador.

A Constituição autoriza, em diversas disposições, a intervenção do legislador ordinário no âmbito de proteção de alguns direitos, por intermédio da reserva legal qualificada, como no caso em análise (inviolabilidade das comunicações), entretanto, os excessos do poder legislativo devem ser submetidos ao controle jurisdicional, por meio da manifestação de inconstitucionalidade, afirma o Ministro Gilmar Ferreira Mendes⁷³.

Devem ser levados em conta, em eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca expressão desses princípios (inviolabilidade de pessoa humana, respeito à sua integridade física e moral, inviolabilidade do direito de imagem e intimidade)⁷⁴.

O princípio da proporcionalidade deve ser utilizado sempre que a decisão envolva a restrição de um direito fundamental em detrimento a outro, igualmente garantido, visto que configura expressão do Estado de Direito, ou, como ainda entendem outros, tratar-se de um postulado jurídico com raiz no direito suprapositivo e sua aplicação decorre da compreensão geral e ampla da ordem jurídica como um todo, arremata o Ministro Gilmar Mendes⁷⁵.

Entendemos que, ao alargar previsões de possibilidades de violação nas comunicações para além daquelas propostas na Constituição Federal, a lei está em desacordo com o princípio “interpretação conforme a Constituição”, considerando situações dúbias, o

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 137.349/SP. Sexta Turma. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 05/04/2011. **Diário da Justiça**, Brasília, 30 maio. 2011.

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: **estudos de direito constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, pg. 33-46.

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: **estudos de direito constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, pg. 95.

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, pg. 218.

que não é o caso. É indubitosa a incompatibilidade do termo ampliativo “de qualquer natureza” com a restrição prevista no vocábulo constitucional “salvo”, sugerindo a inconstitucionalidade em tese da previsão.

2.3 Finalidade da interceptação telefônica

A previsão contida no inciso XII do artigo 5º da Constituição⁷⁶ relativa às possibilidades de violação nas comunicações cinge-se às hipóteses de que as interceptações só podem ser “autorizadas judicialmente para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”, sendo tal requisito mantido no artigo 1º da Lei 9.296/96⁷⁷.

Ademais, não permite a utilização das provas colhidas no âmbito de processos penais naqueles de tramitação na área cível, a denominada prova emprestada, como também não convalida provas produzidas por intermédio de interceptações antes da lei regulamentadora. Neste diapasão, as interceptações realizadas antes da lei, em estudo, são ilícitas de pleno direito, visto que a referida norma estabeleceu um marco temporal em relação à inviolabilidade nas comunicações, conforme assevera Lênio Streck⁷⁸.

Todavia, tem-se consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o uso da interceptação telefônica como prova emprestada em processos administrativos disciplinares (PAD). Ainda que fundado em argumentos legítimos, tal entendimento é uma nítida afronta à determinação constitucional, pois a interceptação telefônica é expressamente apresentada pela Constituição como uma exceção cabível somente em estreitas situações - investigação criminal ou instrução penal processual.

Assim decidiu o pleno do Supremo Tribunal Federal, pela relatoria do Ministro César Peluso, por ocasião da análise da questão de ordem suscitada, abaixo colacionada:

⁷⁶ Art. 5º (...) XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

⁷⁷ Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais. constituição, cidadania, violência: **a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 41.

“[...] Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, bem como documentos colhidos na mesma investigação, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessas provas [...]”⁷⁹.

Sob a interpretação literal da lei, o juiz cível não está legitimado a autorizar escutas telefônicas em processos cíveis, por expressa vedação legal, independente de ser este procedimento indispensável à constituição do acervo probatório da lide.

Porém, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que é possível a interceptação telefônica no âmbito civil em situação de extrema excepcionalidade, quando não houver outra medida que resguarde direitos ameaçados e o caso envolver indícios de conduta considerada criminosa.

A decisão é da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar *Habeas Corpus* preventivo em que o responsável pela execução da quebra de sigilo em uma empresa telefônica se recusou a cumprir determinação judicial para apurar incidente de natureza civil⁸⁰.

A restrição em razão da natureza da causa, alertam Ada Pellegrine Grinover Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes poderá ensejar dificuldades na resolução de determinadas lides, posto que, podem existir causas, em processo não penais, com discussão de direito material e com relações controvertidas, nos quais a utilização da ferramenta em análise seria de extrema relevância e utilidade, principalmente quando envolve ocultação de vultosos valores, restrição de liberdade, apenas para exemplificar⁸¹.

Assim, forçoso concluir que a estrita previsão legal vem sofrendo mitigação em face ao caso concreto, com a permissão judicial da interceptação telefônica em processos de natureza não criminais, em consonância com o anseio da doutrina pela alteração do requisito permissivo da lei (investigação criminal ou em instrução processual penal), para o parâmetro

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem em inquérito nº 2.424-4/RJ, Relator Ministro César Peluso. Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2007. **Diário da Justiça** 20 fev.09, v.5, nº 28, p.102-104.

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 203.403/MS, Relator Ministro Sidnei Beneti. Tribunal Terceira Turma, julgado em 28/06/2011. **Diário da Justiça** 28 jun.11.

⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Interceptações e Gravações. As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 201. p. 166

do crime perpetrado, em face do bem jurídico violado, de acordo com a prática efetuada no direito comparado.

Receio que tais medidas estejam sendo autorizadas sem o devido sopesamento, ou até mesmo em atendimento às conveniências de investigações, ou ainda, servindo para atingir pessoas de alta relevância social ou política, como forma de contrapor à ideia de impunidade reinante na sociedade e ainda alimentar egos e propulsar carreiras políticas dos investigadores.

2.4 Previsão alargada do § 1º do artigo 1º da Lei 9.296/96

O inciso XII do artigo 5º da Constituição define: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

O parágrafo único da referida norma, por sua vez, ao regulamentar o procedimento assim estabelece: “O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”.

Pelo simples cotejamento entre as duas previsões, observa-se que o disposto constitucional não menciona a espécie de comunicação via “telemática” constante do dispositivo legal contido no § 1º do artigo 1º da Lei 9.296/96.

Segundo Aurélio Buarque de Holanda “telemática é a ciência que trata da manipulação e utilização da informação através do uso combinado de computador e meios de telecomunicação e ocorre por intermédio da transferência de dados”⁸².

A doutrina busca entender a real intenção do legislador, o sentido operacional, da expressão “salvo, no último caso” constante do inciso XII, do artigo 5º da Constituição Federal, visto que a interpretação do mencionado vocábulo faz toda diferença em relação à abrangência da exceção regulamentada pela Lei 9.296/96.

⁸² HOLANDA, Aurélio Buarque. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**, Editora Nova Fronteira, versão eletrônica, 1996. Disponível em: < www.dicio.com.br >. Acesso em: 1 jun. 2012.

A melhor interpretação da expressão, “salvo, no último caso”, expressa no inciso XII, do art. 5º da Constituição no entendimento de Vicente Greco Filho, refere-se tão somente a “de dados e das comunicações telefônicas”, assim sendo, da análise da mencionada lei, vislumbra-se a possibilidade de inconstitucionalidade do parágrafo único, do art. 1º, Lei 9.296/96⁸³, visto que a restrição constitucional é patente no que se refere à extensão da interceptação, não se vislumbrando o alcance previsto no mencionado parágrafo: fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática⁸⁴.

A lei elasteceu a permissão para além dos ditames constitucionais, ainda que aplicada a interpretação de caráter mais abrangente, incluindo os dados e comunicações telefônicas, a lei incluiu ao rol sujeito à exceção, a “interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática” não mencionados na Constituição⁸⁵.

Ressaltam Ada Pellegrine Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes o posicionamento de que “parte da doutrina entende que o preceito constitucional cuida de dois grupos distintos de sigilo: um com inviolabilidade absoluta (correspondência) e outro grupo com possibilidade de quebra dessa violação (comunicação telegráfica, de dados e comunicações telefônicas)”. Partindo desta análise sistêmica realizada pela doutrina, a expressão “salvo, no último caso”, refere-se ao segundo grupo, abrangendo, portanto, a comunicação telegráfica, de dados e comunicações telefônicas”⁸⁶.

A expressão “salvo, último caso” restringe-se tão somente às comunicações telefônicas, sendo, portanto, permitida a interceptação apenas nas comunicações desta modalidade. Justifica a tese ao argumento de que na hipótese de a interpretação constitucional da expressão considerasse o sistema em duas espécies apenas, a expressão analisada não seria esta e sim, “no segundo caso”, concluindo também pela inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da lei 9.296/96⁸⁷.

⁸³ Art. 1º (...) Parágrafo único: O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática.

⁸⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações gerais sobre a lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. São Paulo: Saraiva, 1996. p.9.

⁸⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações gerais sobre a lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. São Paulo: Saraiva, 1996. p.9.

⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Interceptações e Gravações. As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 170-171.

⁸⁷ STREK, Lenio Luiz. As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais. constituição, cidadania,

Sobre a questão tramita no Supremo Tribunal Federal Ação de Direta de Inconstitucionalidade relativa ao referido parágrafo único, artigo 1º da lei 9.296/90, cujo objeto é o questionamento de violação ao inciso XII, do art. 5º da Constituição Federal, em razão do alargamento dos limites à exceção para além da previsão na Carta Magna.

Corroborando com a opinião de que a expressão “salvo, no último caso”, abrange tão somente as comunicações telefônicas, o insigne constitucionalista Humberto Peña de Moraes, ao se posicionar sobre o tema, vislumbra a inconstitucionalidade da Lei 9.296/96 no mesmo ponto questionado pela doutrina acima esposadas, ao lembrar que:

"A Constituição, ao assegurar o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, fê-lo de maneira a extremá-las em situações autônomas. Assim, as comunicações de dados, ainda que procedidas com a utilização de linhas telefônicas, não podem ser havidas, na circunstância *sub examine*, como comunicações - stricto sensu - telefônicas. As comunicações de dados estão apartadas, na hipótese questionada, das denominadas comunicações telefônicas. A lei não possui expressões desnecessárias e por maior razão a Constituição Federal. Note-se que o dispositivo inserto no art. 5º, inc. XII da *Lex Fundamental*, ao regular as comunicações telefônicas, permitindo a violabilidade do sigilo, por ordem judicial e na forma que a lei estabelecer, insista-se, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, faz alusão ao "último caso" - comunicações telefônicas - e não ao penúltimo - comunicação de dados. As situações - distintas - não podem ser confundidas⁸⁸".

Por todo o exposto, tem-se que a busca do real significado da expressão “no último caso” é de crucial importância, tendo em vista não ser aceitável que o legislador ordinário amplie o universo autorizado pela Constituição. Espera-se que por ocasião da análise do caso concreto, o magistrado atentando a estrita previsão legal, estribado pelo princípio da proporcionalidade, decida pela forma menos gravosa de invasão na privacidade do investigado ou do réu.

2.5 A não admissibilidade da interceptação telefônica

violência: **a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 45.

⁸⁸ Apud. LIMA NETO, José Henrique Barbosa Moreira. Da Inviolabilidade de dados: inconstitucionalidade da Lei 9296/96. (Lei de interceptação de comunicações telefônicas). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 2, n. 14, 1 jun. 1997. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/197/da-inviolabilidade-de-dados-insconstitucionalidade-da-lei-9296-96#ixzz1wB1e9LGY>>. Acesso em: 1 jun. 2012

O inciso XII do artigo 5º da Constituição⁸⁹ prevê a edição de norma com a finalidade de regulamentar as restrições, fazendo uso inclusive do termo “estabelecer” (restrição qualificada). Pela leitura do mencionado inciso depreende-se que a intenção do legislador constituinte era a edição de norma disciplinadora da exceção, contendo requisitos, meios e formas nas quais seria permitida a interceptação.

A redação negativa dispensada ao artigo 2º da Lei 9.296/96⁹⁰, no entendimento de Vicente Greco Filho compromete a real intenção do legislador quanto ao objeto da norma, promovendo danosa inversão de que a interceptação é a regra, enquanto a inviolabilidade é a exceção. Alerta ainda para a temeridade na utilização de conceitos abertos e indeterminados na persecução penal, e ainda, a inferência de que a prova possa ser colhida por outros meios, infere a possibilidade de escolha, de meios operacionalmente mais fáceis na investigação⁹¹.

Observa-se que a formulação negativa da norma é contrária à previsão constitucional, onde lá expressamente imprime a expressão “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer”, entretanto o legislador optou por catalogar as previsões nas quais não serão admitidas, em verdadeira “postura equivocada”, levando ao entendimento que excluindo as situações previstas no artigo 2º da Lei 9.296/96 nas demais situações é cabível a invasão⁹².

Arrematam a professora Ada Pellegrine Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes em relação ao defeito de redação da norma:

“[...] que não se deu conta da excepcionalidade da interceptação telefônica como meio lícito de quebrar o sigilo das comunicações, estendendo sua permissão a crimes que podem não ser de grande potencial ofensivo e, em contrapartida, excluindo-a de infrações penais de menor relevância social, mas que, por sua índole,

⁸⁹ Art. 5º (...) XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

⁹⁰ Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

⁹¹ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações gerais sobre a lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. São Paulo: Saraiva, 1996. p.10.

⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Interceptações e Gravações. As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.174.

só poderiam ser devidamente apuradas por intermédio da referida interceptação [...]”⁹³.

Melhor seria, na opinião dos renomados autores, que a lei, a exemplo do direito comparado, trouxesse rol restringindo a possibilidade de interceptação na apuração de crimes elencados, taxativamente, como assim procedem outros países, e não utilizando como parâmetro a pena aplicada em abstrato⁹⁴.

A interpretação dos incisos constantes no artigo 2º da norma ora analisada deve ser realizada de maneira “disjuntiva”, por força da expressão “qualquer” contida no caput.

Intuitivo concluir, portanto, que ante a presença de qualquer uma das previsões contidas nos referidos incisos, em atendimento ao caráter de exceção que se configura a medida de interceptação telefônica, o indeferimento é medida que se impõe.

Passaremos a seguir à análise dos requisitos de admissibilidade do procedimento da interceptação telefônica previstos na norma, que devem ser observados tanto pelos órgãos solicitantes, quanto pelo magistrado, devem ainda ser analisados em perfeita consonância com os princípios constitucionais.

2.5.1 Índícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal

Pelo disposto no inciso I, do artigo 2º da Lei 9.296/96⁹⁵, não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal.

Esta exigência refere-se ao “*fumus commissi delicti*” (prova da materialidade delitiva) e “*periculum libertatis*” (perigo da liberdade do acusado). A utilização da expressão

⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Interceptações e Gravações. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.174.

⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Interceptações e Gravações. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.175.

⁹⁵ Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:
I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal

“indícios razoáveis”, contido no inciso em análise, em razão da norma aberta que se caracteriza, possibilita a aplicação de grande subjetividade por parte do aplicador da norma.

Como meio de subsidiar e proporcionar melhor operacionalidade à norma, pode-se buscar no artigo 239 do Código de Processo Penal⁹⁶, a definição do vocábulo “indício”. Porém, quanto ao adjetivo “razoáveis” fica inteiramente ao talante do juiz ao analisar o caso concreto.

A necessidade do “*fumus comissi delicti*” e “*periculum libertatis*” pressupõe que este requisito será o primeiro a ser analisado como critério de concessão da medida. Conclui-se ainda, que a medida de exceção da interceptação será concedida em caráter supletivo, visto que outras medidas, entende-se, já foram implementadas anteriormente, para que somente após exaustivas averiguações, seja escolhida a opção mais gravosa.

Importante ponderar que, em juízo de admissibilidade da autorização de restrição da violação das comunicações, os mencionado indícios devem ostentar caráter suficientemente concretos de autoria e materialidade delitiva em face da relativização do direito fundamental de privacidade e personalidade.

Conforme veremos por ocasião da análise do caso, este critério foi um dos elementos norteadores da decisão do Desembargador, tendo em vista a taxatividade da proibição da autorização, quando o crime que se pretende investigar, tenha pena prevista com no máximo detenção.

A doutrina majoritária, mencionada anteriormente, traça severas críticas em relação a este critério de permissividade, por entender que o mesmo não promove a adequação suficiente em relação a reprimenda e extensão do ilícito perpetrado, citando como exemplo situações de, crimes contra a administração pública.

Lembra ainda que este critério previsto na norma regulamentadora da interceptação, coloca o Brasil em desacordo com os requisitos utilizados nos demais países, como por exemplo, a Itália e a Alemanha, sugerindo uma urgente revisão modificação.

⁹⁶ Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

2.5.2 A interceptação telefônica como único meio de colheita da prova

Dispõe o inciso II, do artigo 2º da Lei 9.296/96⁹⁷ que, para ser deferida autorização judicial para execução da escuta telefônica, o magistrado deverá atentar para a impossibilidade da produção de provas por outros meios, tal informação constará da fundamentação do pedido formulado pela polícia judiciária ou pelo Ministério Público.

Na opinião de parte majoritária da doutrina, Pelegrine, Luiz Flavio Gomes, Lênio Streck, e alguns magistrados que vem se manifestando por meio de artigos e entrevistas divulgados pela imprensa e ainda externadas por ocasião das decisões prolatadas, a Polícia e o Ministério Público têm abusado do uso de interceptações telefônicas, por vezes, com base em informações anônimas, sem que diligências preliminares sejam efetuadas.

Concordam por outro lado, doutrina e jurisprudência, que, dependendo da especificidade do delito investigado, como por exemplo, nos crimes de colarinho branco e no tráfico de drogas, apenas para citar, a escuta telefônica seria o instrumento ideal na formação do acervo probatório.

Não obstante, ponderam que a opção pela quebra do sigilo telefônico é feita, em alguns casos, em atendimento à comodidade dos órgãos de investigação, por constituir-se em meio mais fácil de ser executado, e ainda constituir a possibilidade por parte dos executores de acesso a visibilidade na mídia, principalmente quando os indivíduos alvos do procedimento de interceptação, são pessoas que gozam de posição de destaque na sociedade e/ou na política, quando comparado com a realização de exaustivas e incertas diligências ou campanhas;

Sobre o tema posicionou-se magistrada do TRF 3ª Região, Maria Cecília Pereira de Mello⁹⁸, por ocasião de entrevista concedida a Revista Consultor Jurídico, em 12 de março de 2012⁹⁹.

⁹⁷ Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

⁹⁸ **ConJur — A Polícia e o Ministério Público têm abusado do uso de escutas telefônicas como único meio de investigação?**

Cecília Mello — Sim. Em caso recente que julguei, a investigação começou com base em uma denúncia anônima que fornecia nomes, endereços, horários, todo o necessário para se fazer uma diligência, mas

Observam Ada Pellegrine Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes que, a natureza cautelar da interceptação telefônica necessita do “*fumus comissi delicti*” e “*periculum libertatis*”, mas deve atender ainda, ao critério previsto na lei “de não inexistência de outros meios de coleta da prova”. Porém, se posteriormente surgirem outros meios de coleta destas provas, após a respectiva autorização, as provas assim colhidas mediante expressa autorização judicial permanecem válidas¹⁰⁰.

A conclusão de que, somente por intermédio de quebra do sigilo telefônico dos investigados ou denunciados podem ser colhidas as provas que possam sustentar a futura denúncia, pressupõe a realização de exaustiva investigação prévia.

A execução em primeira ordem de medida tão invasiva deverá ser combatida, tendo em vista a previsão normativa contida no inciso II, do artigo 2º da Lei 9.296/96¹⁰¹ mas principalmente, atentando para o fato de que a utilização de tal medida pressupõe que os meios de persecução criminal devam atender aos princípios da adequação e da necessidade aos seus fins, como meio de aferição de constitucionalidade da norma.

Parece ser o espírito do legislador e lógico o raciocínio, de que somente após exaustivas investigações, sem êxito, chegar-se-á à conclusão de que só resta a medida de exceção da interceptação telefônica.

A jurisprudência vem sinalizando a aplicação na exata previsão normativa contida no inciso II, artigo 2º da norma em análise, a exemplo do *case* objeto deste estudo, cuja fundamentação foi com base neste dispositivo e ainda em *decisium* proferido pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no *Habeas Corpus* nº 117.437/AP, de relatoria do Ministro

nenhuma foi feita. Preferiram quebrar o sigilo telefônico. O que se argumentou é que nos delitos financeiros não há outra maneira a não ser quebrar o sigilo telefônico. Mas naquele caso era ridículo. A denúncia anônima dizia que o fulano saía tal hora, todos os dias, em determinado horário, e ia para o endereço tal, encontrava-se com beltrano e voltava. Era uma diligência tranquila de ser feita. Seria até possível ter-se chegado a uma quebra de sigilo, mas já havia elementos para se fazer uma investigação preliminar. De um modo geral, isso dá a impressão de que existe comodismo. É mais fácil quebrar o sigilo, mas essa quebra apenas se justifica quando não haja outra alternativa e a partir de uma investigação já iniciada e com indícios a determinar a quebra. Do contrário, direitos constitucionais deixam de ser respeitados.

⁹⁹CRISTO, Alessandro. É mais fácil quebrar o sigilo doo que fazer diligencias. Revista Consultor Jurídico. 04 mar. 2011. Disponibilizado: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-04/entrevista-cecilia-mello-desembargadora-trf>. Acesso em: 25 abr. 2013.

¹⁰⁰GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Interceptações e Gravações. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.176.

¹⁰¹ Art. 2º (...) II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

Jorge Mussi, cuja fundamentação pela ofensa ao inciso II acima mencionado trazemos à colação:

[...] Dos autos circunstanciados elaborados pela autoridade policial, depreende-se que conquanto não existissem indícios mínimos da prática de crimes, uma vez que os diálogos até então monitorados não teriam revelado a ocorrência de infrações penais, foi requerida e autorizada judicialmente a continuidade das interceptações telefônicas, o que revela o total desprezo ao direito à privacidade individual, além da inobservância às formalidades contidas no artigo 2º da Lei 9.296/1996, indispensáveis ao deferimento da quebra de sigilo telefônico [...] ¹⁰².

2.5.3 Pena de reclusão e princípio da proporcionalidade

Pelo inciso III do artigo 2º da Lei 9.296/96¹⁰³, não será admitida a interceptação telefônica se o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. A contrário senso, intuitivo concluir pela permissão nas demais situações cuja pena seja de reclusão, independente da pena prevista em abstrato.

O princípio da proporcionalidade tem sido utilizado nas decisões que envolvem colisão de direitos fundamentais, como medida de sopesamento e delimitação de limites da restrição de um princípio em relação ao outro.

A análise da situação concreta indicará qual dos princípios em colisão será restringido, em qual extensão, e ainda, se a aplicação daquela medida atende aos critérios da adequação e eficiência, e na hipótese de sua aplicabilidade em situações análogas, de caráter coletivo, tal medida se mostra jurídica e economicamente possível.

Ensina Alexy “os princípios são ordens de otimização, caracterizados pela forma como podem ser cumpridos em diferentes graus, e a medida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, como também das jurídicas”. Prossegue afirmando que os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de norma jurídica por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização, aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades

¹⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 117437/AP. Quinta Turma. Relator Ministro Jorge Mussi. Julgado em 04/10/2011. **Diário da Justiça** 20out. 201.

¹⁰³ Art. 2º (...) III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

normativas e fáticas. Logo, os princípios possuem apenas uma dimensão de peso, e não determinam as consequências normativas de forma direta, como fazem as regras¹⁰⁴.

A doutrina, Ada Pellegrine Grinover, Luiz Flavio, Vicente Greco Filho, questionam a admissibilidade da interceptação utilizando como parâmetro o regime de pena de reclusão, excluindo, pela taxatividade da lei, a possibilidade de aplicação da medida em crimes cuja previsão seja de detenção, sem levar em consideração a gravidade ou reprobabilidade social da conduta ou até mesmo a impossibilidade de obtenção das provas por outros meios.

Da mesma forma, quanto ao critério autorizativo (reclusão), há discrepâncias promovidas pelo legislador ordinário na edição da norma regulamentadora, vez que furtou-se à aplicação das balizas utilizadas em outros países que reservam a possibilidade de autorização a outros delitos independente da pena prevista em abstrato¹⁰⁵.

Entende parte majoritária da doutrina, que a aplicação da norma da maneira como se apresenta, levando em conta o critério de “reclusão” na sua autorização, fere o princípio da proporcionalidade, visto que se encontra desarrazoada a aplicação de medida tão drástica, em crimes apenados, em abstrato, com penas passíveis de transação ou até mesmo com suspensão do processo, apenas para citar.

Prosseguem afirmando que “o principio da reserva legal converte-se em principio da reserva legal proporcional”. Em face da observação colacionada, entendem os autores que o magistrado deve, na análise do caso concreto, além da legalidade, atentar ainda para a proporcionalidade na aplicação da medida em relação a natureza do crime, não apenas ficar restrito ao critério do regime de cumprimento da pena (reclusão)¹⁰⁶.

É inequívoca a constatação de que no direito comparado, Itália e Alemanha, por exemplo, a aplicação desta ferramenta investigatória é autorizada nos inquéritos ou instrução

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2001.p.86.

¹⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Interceptações Telefônicas. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.174.

¹⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Interceptações Telefônicas. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.175.

processual penal, cujo critério de admissibilidade da medida não é necessariamente a punição com reclusão, denotando não ser o regime de cumprimento da pena o único critério autorizativo, acrescendo por ocasião de análise sistemática a gravidade e a reprobabilidade da ação do agente.

Comunga também dessa opinião Vicente Greco filho, ao analisar o inciso III do art. 2º da Lei 9.296/96¹⁰⁷, ao argumento de que a possibilidade de não autorização de interceptação telefônica nos crimes apenados com detenção, permitidos somente naqueles cuja pena seja de reclusão, definição muito ampla, fere o princípio de proporcionalidade, pelas razões aqui já delineadas, não parecendo na visão deste, um referencial seguro e constitucional, em face da restrição do bem jurídico tutelado: a liberdade¹⁰⁸.

Prossegue o autor ao afirmar que o “espírito da Constituição brasileira é da manutenção dos direitos e garantias dos cidadãos a ela submetidos”, conforme constatação na previsão taxativa disposta em vários artigos, não só no art. 5º, mas também como exemplo, no art. 60, § 4º, IV¹⁰⁹, apenas para mencionar, equiparando-os a cláusulas pétreas¹¹⁰.

Ao traçar comparação entre os delitos, por meio do critério da aplicação da pena em abstrato, Lênio Luiz Streck entende que a norma prioriza crimes contra patrimônio, em detrimento a crimes difusos, que violam direitos múltiplos e envolvem vultosas quantias, sendo os primeiros, via de regra, praticados pelas camadas menos favorecidas da sociedade. Enquanto as contravenções penais, cujo cumprimento da pena em abstrato não prevê reclusão, tem um espectro de abrangência muito maior do que os crimes contra o patrimônio¹¹¹.

Na visão de Nelson Nery Jr, o legislador foi além quando previu que a interceptação seria autorizada somente nos crimes apenados com reclusão e foi aquém quando não incluiu no rol crimes contra a honra ou as contravenções penais fortemente recriminadas

¹⁰⁷ Art. 2º (...) III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

¹⁰⁸ GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica: **considerações gerais sobre a lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 14-15.

¹⁰⁹ Art.60. “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais.

¹¹⁰ GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica: **considerações gerais sobre a lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 14-15.

¹¹¹ STRECK, Lenio Luiz. As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição, cidadania, violência: **a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 55.

socialmente, como o jogo do bicho, por exemplo. Sugere que, como forma de temperar as lacunas observadas, que seja autorizada à interceptação telefônica para obtenção de provas dos mencionados delitos, em homenagem ao princípio da proporcionalidade. Embora reconheça que a norma em análise careça de urgente reforma¹¹².

O posicionamento acima esposado não tem a complacência de Lênio Luiz Streck, ao entender que a lei regulamentadora traz em *numerus clausus* as possibilidades em que a interceptação telefônica pode ser autorizada judicialmente, não podendo outorgar ao poder discricionário do juiz a extensão da norma, visto que seria a violação ao princípio da legalidade. Urge, na opinião do autor, a alteração da lei para contemplar essas possibilidades e ainda, para melhor compatibilizar as possibilidades que abrangem as situações concretas nas transações e substituições penais¹¹³.

Citando estudo realizado por Maria Dometila de Carvalho, Lenio Luiz Streck, conclui que no processo legislativo de criação de leis atém-se, primordialmente, a critérios de cunho político-normativo, se afastando, vez por outra, do viés principiológico dos direitos econômicos, sociais e culturais. Sugere uma revisita aos princípios constitucionais ao reenquadrar ou criar novos tipos penais, contemplando delitos que verdadeiramente sejam relevantes enquanto gozo de direitos e garantias individuais, evitando o reducionismo clássico de crimes contra o patrimônio¹¹⁴.

Na visão de Luigi Ferrajoli citado por Lênio Luiz Streck, o Estado constitucional de direito, exige do magistrado como aplicador do direito, análise prévia da validade da norma, a partir da ótica garantista, tendo em vista que a positivação desta não obriga sua aplicabilidade, se esta não estiver em consonância com os princípios constitucionais, alerta que os vínculos existentes são de natureza “substancial” e não apenas “formal”, na hipótese de uma norma apresentar incompatibilidades constitucionais insanáveis, cabe ao magistrado

¹¹² NERY JR, Apud, STREK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais.** constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 55

¹¹³ STREK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais:** constituição, cidadania, violência: **a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais.** 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 55.

¹¹⁴ CARVALHO, Apud, STREK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais.** constituição, cidadania, violência: **a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais.** 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

declará-la inconstitucional. A sujeição a que está obrigado o aplicador configura-se na Constituição, buscando a melhor interpretação nos moldes desta¹¹⁵.

Conforme se depreende dos entendimentos esposados, o controle constitucional não é reserva exclusiva do Supremo Tribunal Federal, mas em face da constatação de norma que fere princípios albergados pela norma máxima, o magistrado ao julgar deve suscitar a inconstitucionalidade da norma, em homenagem a hermenêutica jurídica.

No firme entendimento de ser inconstitucional o inciso III do artigo 2º da Lei 9.296/96, sugere Lênio Luiz Streck a aplicação da inconstitucionalidade parcial, sem redução do texto, por tratar-se de anulação parcial qualitativa, significa que a norma não pode ser aplicada em seu conjunto, conforme vem decidindo o Supremo Tribunal Federal em situações semelhantes¹¹⁶.

Assinala ainda que a vontade do legislador, mesmo que por vias oblíquas, foi o combate à macrocriminalidade, dos crimes mais sofisticados praticados pelas camadas mais favorecidas da sociedade, com utilização de mecanismos também mais sofisticados que somente por meio de poder aquisitivo privilegiado o acesso é franqueado¹¹⁷.

Ada Pellegrine Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, lembram que em Anteprojeto de Lei apresentado por Comissão constituída em 2003, pelo então Ministro da Justiça, Dr. Márcio Thomaz Bastos, da qual faziam parte os autores aqui mencionados, a possibilidade de interceptação está restrita aos crimes, abaixo listados:

I – tráfico de entorpecentes de drogas afins; II – tráfico de seres humanos e subtração de incapazes; III – tráfico de armas, munições e explosivos; IV – tráfico de espécimes da fauna silvestre; V - lavagem de dinheiro; VI - contra o sistema financeiro nacional; VII – contra a ordem econômica e tributária; VIII – contra a administração pública, desde que punidos com pena de reclusão; IX – falsificação de moeda ou a ela assimilados; X – roubo, extorsão simples, extorsão mediante sequestro e cárcere privado; XI – homicídio doloso; XII – ameaça quando cometida

¹¹⁵ FERRAJOLI, Apud, STREK, Lênio Luiz. As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição, cidadania, violência: **a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 65.

¹¹⁶ STREK, Lênio Luiz. As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição, cidadania, violência: **a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 65-70.

¹¹⁷ STREK, Lênio Luiz. As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição, cidadania, violência: **a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 65-70.

por telefone; XIII – decorrente de ações praticadas por organizações criminosas; XIV – decorrente de ação de terrorismo.¹¹⁸

Por todo o exposto, as críticas formuladas pela doutrina, em relação ao requisito da pena em abstrato (reclusão) como critério para a autorização da interceptação, viola verdadeiramente o princípio da proporcionalidade, critério de ponderação na decisão pela restrição de direitos constitucionalmente garantidos em colisão.

O interesse público envolvido, o direito da sociedade no julgamento de crimes que lesam os direitos coletivamente protegidos, não pode ser realizado em detrimento ao princípio basilar, a dignidade da pessoa humana, relativo à privacidade e à intimidade, que vem se tornando nos últimos tempos grande consenso ético mundial, sendo positivada nas Constituições dos Estados como também em outras normas internacionais.

Por se tratar de característica intrínseca do indivíduo, a dignidade da pessoa humana não é concedida, como também não pode ser retirada (independente da ilicitude do comportamento). A privacidade corresponde ao direito constitucionalmente garantido de o indivíduo, por meio de escolha livre e consciente, decidir com quem manterá comunicação e, sobretudo, quem terá acesso à mesma. O fato dos direitos estarem momentaneamente restritos, não significa que estejam eles suspensos, afirma Ministro Gilmar Mendes¹¹⁹.

Em sendo assim, tal limitação deve ser realizada em caráter de exceção, resguardadas as garantias, realizada sob o critério da adequação e necessidade da medida, não sendo aceitos critérios que possam dar azo à subjetividade e indignidade do investigado ou processado, tendo em vista que mesmo nesta condição não perde a dignidade e está amparado ainda por outro princípio igualmente importante: a presunção de inocência.

A delimitação das autorizações por critérios mais objetivos e mais coesos com os ditames constitucionais, conforme os propostos no Projeto de Lei acima mencionado, a nosso ver, traria maior segurança jurídica, possibilitando o exercício da ampla defesa de maneira plena, levando em consideração que a mesma não tem oportunidade de participar desde o momento da implantação da medida.

¹¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Interceptações e Gravações. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.174.

¹¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, pg. 293.

2.6 Formas da interceptação telefônica: aspectos relevantes

Aqui serão delineados os aspectos práticos da execução da interceptação, quanto à legitimidade dos requerentes, formas de implementação da medida, prazo e renovações, dentre outros aspectos, trazendo ainda à colação julgados com decisões diferenciadas.

A doutrina promove severas críticas principalmente em relação às sucessivas prorrogações, ante a ausência de prazo razoável, tornando a escuta telefônica em verdadeira prospecção de provas e ainda sobre a essência da fundamentação, em relação à real necessidade do procedimento por ocasião do requerimento pela polícia ou Ministério Público, e, principalmente na hipótese de deferimento da medida, tendo em vista tratar-se de decisão “*inaudita altera parte*”.

O magistrado deve fundamentar a decisão não como mera formalidade, mas deve exteriorizar racionalmente os motivos que o levaram a decidir pelo deferimento, deve enfrentar a questão de forma exaustiva e coerente, tendo em vista que a defesa só terá conhecimento da medida e de suas razões quando as transcrições forem juntadas aos autos.

Na eventualidade de mero tangenciamento das razões, afronta-se outro princípio constitucionalmente abrigado, o contraditório e ampla defesa. A fundamentação torna-se indispensável, não só por ocasião da inauguração da medida, mas também em todas as renovações se fizerem necessárias, sendo esta requisito de admissibilidade para a concessão.

2.6.1 Requisitos da competência da solicitação: subjetivo e formal

Trataremos neste tópico em relação às pessoas que detém a competência, conforme a norma de requerer a interceptação telefônica, cingindo-se à autoridade policial na fase do inquérito e ao Ministério Público, na fase de investigação criminal ou na instrução processual.

Observe-se que a previsão contida pela determinação de ofício vai de encontro ao princípio da imparcialidade do magistrado, produzindo provas para seu convencimento, e ainda, a gerando impossibilidade de fundamentação para ele próprio, no atendimento à disposição da lei da competente fundamentação do requerimento. Neste momento e nos

futuros, a defesa é totalmente alijada do procedimento, não prevendo na norma regulamentadora a possibilidade de possíveis inconsistências ou esclarecimentos que possam ser solicitados pela mesma via de investigação.

Mais uma vez, configura-se a necessidade de investigação prévia antes do requerimento da interceptação, em razão da demonstração da cabal necessidade da medida demonstrada por ocasião do requerimento.

2.6.1.1 Determinação de ofício

A interceptação telefônica poderá ser determinada de ofício ou a requerimento da autoridade policial, na investigação criminal, ou ainda pelo Ministério Público na investigação ou instrução criminal, assim prevê o artigo 3º, da Lei 9.296/96¹²⁰.

A autorização de interceptação telefônica determinada originariamente pelo juiz, prevista no *caput* do artigo 3º, da Lei 9.296/96¹²¹, como qualquer decisão judicial, está sujeita aos ditames do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal¹²², a qual deverá ser exaustivamente fundamentada, sob pena de nulidade.

Sendo assim, há de se perquirir como seria o procedimento de convencimento do magistrado para ele mesmo, na hipótese de a solicitação inicial partir deste. Esta possibilidade atenta ainda contra o princípio da imparcialidade ao qual está submetido o magistrado, pondera Lênio Luiz Streck¹²³.

¹²⁰ Art. 3º. A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

¹²¹ Art. 3º. A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

¹²² Art. 93 (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

¹²³ STRECK, Lênio Luiz. As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição, cidadania, violência: **a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 75-82..

Analizando *o caput* do artigo 3º da lei, atenta Lênio Luiz Streck que a previsão da determinação de escutas pelo juiz a pedido apenas do Ministério Público e da polícia, não contemplando a possibilidade da participação da defesa nesta fase, viola o princípio da paridade de armas, do contraditório e da ampla defesa. Por outro lado, a possibilidade de o juiz requerer de ofício, fere o princípio acusatório, âncora sobre a qual debruça-se o processo penal de cunho garantista em sintonia com os princípios constitucionais¹²⁴.

Entende Lênio Luiz Streck que o artigo 3º da lei em análise foi omissivo em relação à oitiva do Ministério Público, ato contínuo à autorização pelo juiz ao apreciar solicitação formulada pela polícia, em homenagem à interpretação conforme a Constituição, pois o Ministério Público constitui-se no fiscal da lei, dos direitos e garantias constitucionais e ainda funciona como controle externo das atividades policiais¹²⁵.

Corroborando com o entendimento supramencionado, Lênio Luiz Streck traz a lição de Nelson Hungria, alertando que a finalidade das provas produzidas no âmbito do inquérito policial é a elucidação do delito, cuja destinação é à acusação e não o juiz. Razão pela qual o Ministério Público, após a concessão da autorização pelo juiz competente, deveria ser ouvido na condição de *custus legis*, primordialmente quando o pedido for formulado pela polícia¹²⁶.

Esclarece o autor que o direito alemão, por exemplo, prevê a possibilidade da defesa requerer provas, utilizando-se dos mesmos mecanismos manejados pela acusação, em atendimento aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. No direito brasileiro não há previsão na norma. No dizer do autor: “a defesa se defende provando”¹²⁷.

Em relação à legalidade da autorização da interceptação, Vicente Greco Filho ensina que esta não se subsume apenas na autorização do juiz competente, tendo em vista que

¹²⁴ STREK, Lenio Luiz. As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição, cidadania, violência: **a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 75-82..

¹²⁵ STREK, Lenio Luiz. As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição, cidadania, violência: **a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 75-82.

¹²⁶ STREK, Lenio Luiz. As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição, cidadania, violência: **a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 75-82.

¹²⁷ STREK, Lenio Luiz. As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição, cidadania, violência: **a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 75-82.

a concessão da autorização faz-se num momento sem o contraditório, e tal requerimento poderá ser antecedente ou incidental. Prossegue afirmando que tais provas, futuramente, deverão sofrer um juízo de legalidade, por ocasião do julgamento do mérito e ainda, ao confrontá-la com o acervo probatório trazidos aos autos¹²⁸.

Pelos ensinamentos aqui apresentados, depreende-se que o legislador constituinte procurou proteger os direitos de personalidade do cidadão, permitindo, em caráter de excepcionalidade, a invasão da privacidade, por intermédio de medidas que necessariamente devam seguir o estrito processo legal, sejam elas preliminares ou incidentais.

A Lei 9.296/96 deve ser interpretada dentro do viés restritivo, enquanto medida de exceção que se caracteriza. O devido processo legal deverá ser observado não só por ocasião da concessão da interceptação, como também ao longo do procedimento, e ainda, quando estas forem colacionadas aos autos.

De maneira magistral, manifestou-se a Ministra Ellen Grace, como relatora na análise do Recurso Extraordinário nº. 201.819/RS, mencionado por ocasião do julgamento no Habeas Corpus n.107.285 /RJ¹²⁹, pela Ministra relatora Laurita Vaz, abaixo colacionado:

[...] Advirta-se que a observância de direitos fundamentais não se confunde com fomento à impunidade. É mister essencial do Judiciário garantir que o *jus puniendi* estatal não seja levado a efeito com máculas ao devido processo legal, para que a observância das garantias individuais tenha eficácia irradiante no seio de toda a sociedade, seja nas relações entre o Estado e cidadãos ou entre particulares[...]¹³⁰.

Da observação acima esposada depreende-se a preocupação da Corte Suprema no sentido de que, mesmo o Estado possuindo o direito em punir o indivíduo pela inobservância ou transgressão das normas, este possui um limite: os direitos fundamentais do indivíduo.

2.6.1.2 Requerimento da autoridade policial e Ministério Público

¹²⁸ GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica: **considerações gerais sobre a lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.26.

¹²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 107.285 /RJ. Quinta Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. Julgado em 09/11/2010. **Diário da Justiça** 7 fev. 2011, vol. 221. pg. 695.

¹³⁰ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 201.819/RS. Segunda Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. **Diário da Justiça** 27 out. 2006.

A solicitação de interceptação requerida pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, via de regra, por escrito (a lei admite pedido verbal)¹³¹, na investigação criminal ou ainda para subsidiar a instrução processual, conforme fundamenta o artigo 4º, da Lei 9.296/96¹³², deverá demonstrar com clareza que a aplicação de medida de exceção é necessária ao objeto da investigação, apontando os meios que serão empregados.

Extraí-se da leitura do artigo 4º da referida lei que, além de prevê a demonstração da necessidade, indispensabilidade e imprescindibilidade, deve ainda apontar os meios por intermédio dos quais irá se processar.

No deferimento, o magistrado deverá atentar ser esta a única forma possível de proteger outros direitos e garantias fundamentais da coletividade, em detrimento à privacidade individual e como exceção deverá ser tratada. Pressupondo que outras formas de obtenção de provas foram tentadas sem êxito. Deve estar presente o *periculum in mora social/constitucional*, aponta Lênio Luiz Streck¹³³.

A devida fundamentação das razões exigida do requerente (polícia ou Ministério Público), por ocasião do pedido, deve ser exaustiva e munida de relatório das ações perpetradas anteriormente, para subsidiar suficientemente o convencimento racional do magistrado, ante a ineficácia dos meios já utilizados.

2.6.2 A necessária fundamentação pelo juiz

O artigo 5º da Lei 9.296/96¹³⁴, 1ª parte, disciplina o tema impondo a necessidade de fundamentação por parte do magistrado que concede ou não a autorização, sob pena de nulidade, em atendimento às exigências da constituição e da norma.

¹³¹ Art. 4º (...) § 1º Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo

¹³² Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

¹³³ STRECK, Lênio Luiz. As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição, cidadania, violência: **a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 75.

¹³⁴ Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a

A análise da fundamentação tem sido de relevante observância pelas cortes superiores em suas decisões, visto que a exigência aqui firmada há que ser interpretada pelo magistrado por ocasião da concessão ou não, de maneira sistemática, levando em conta cada requisito previsto nos artigos anteriores da norma em comento. Mais ainda, esta fundamentação deve estar em sintonia com a previsão constitucional consignada no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal que dispõe que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade¹³⁵.

Em relação ao conteúdo da fundamentação, decidiu a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* n. 137.349/SP, relatado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, relativo à satisfação ao artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, alertando que esta não se satisfaça com o “tangenciamento dos fatos, de maneira que a incongruência da motivação de quebra de sigilo telefônico acaba por solapar o direito individual do investigado”, conforme recorte que trazemos à colação:

“[...] A exigência de fundamentação das decisões judiciais contidas no art. 93, IX da CR, não se compadece com justificação transversa, utilizada apenas como forma de tangenciar a verdade real e confundir a defesa dos investigados, mesmo que ao depois, supunha-se estar imbuída dos melhores sentimentos de proteção social. Verificada a incongruência de motivação do ato judicial de deferimento de medida cautelar *in casu* de quebra de sigilo de dados, afigura-se inoportuna o juízo de proporcionalidade nele previsto como garantia de prevalência da segurança social frente ao primado do direito individual [...]”¹³⁶.

Ou seja, sendo a interceptação de caráter cautelar ou incidental, o juiz ao analisar o requerimento de interceptação telefônica, concedendo ou não, deverá fundamentá-la, explicitando as razões do convencimento e a forma de execução, bem como determinar as cautelas necessárias nos procedimentos, solicitando ainda, que o auto circunstanciado das operações realizadas permaneça apartado, depositado na secretaria da vara, para acesso às partes com a exigência do sigilo previsto na lei, assim entende Lênio Luiz Streck¹³⁷.

indispensabilidade do meio de prova.

¹³⁵ IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

¹³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 137.349/SP. Sexta Turma. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 05/04/2011. **Diário da Justiça**, Brasília, 30 maio. 2011.

¹³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**. constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 29-31.

Prossegue no entendimento de que os artigos 4º e 5º da lei em comento devem ser lidos e interpretados em conjunto, visto que são complementares, exigindo a necessidade de fundamentação por ocasião da solicitação, pela autoridade policial ou pelo Ministério público, devendo ser melhor ainda elaborada pelo magistrado por ocasião da decisão¹³⁸.

Há que se considerar, ainda, que o procedimento de quebra do sigilo telefônico ocorre em situação *inaudita altera partes*, ou seja, a defesa só terá acesso ao resultado, quando as provas forem juntadas aos autos. Daí a necessidade de exaustiva fundamentação por parte do magistrado, em sua convicção racional pela decisão de concessão de medida ou não, tendo em vista a extrema afronta da medida aos direitos de personalidade.

Pelo conjunto posto na norma, tem-se que ao apreciar o pedido, devidamente fundamentado pelo polícia ou Ministério Público, o juiz deverá atentar se a interceptação telefônica é o meio mais adequado e necessário na produção da prova. E ainda, se este meio se configura a única forma de obtenção da prova em face da inexistência de outro, igualmente eficaz, levando em conta se a restrição autorizada tem o condão de proteger outro direito e garantia igualmente garantidos.

No cotejamento de decisões pela concessão da medida ou pela negativa, intuitivamente se conclui que o indeferimento da medida solicitada pelos órgãos legitimados é menos temerário em razão do conhecimento e da participação no processo desde o início, a mesma sorte não socorre a defesa, cuja participação processual se dá em momento posterior, quando as provas de gravações são anexadas aos autos.

2.6.3 Renovação do prazo de concessão e o princípio da razoabilidade

A segunda parte do artigo 5º da Lei 9.296/96¹³⁹ prevê que a interceptação não poderá exceder o prazo de 15 dias, com possibilidade de renovação por igual período, desde que comprovada à indispensabilidade do meio de prova.

¹³⁸ STREK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**. constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 29-31.

¹³⁹ Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da

A Constituição Federal é silente em relação ao prazo da restrição, outorgando ao legislador ordinário a fixação do período no qual poderá se prolongar o procedimento de interceptação telefônica quando autorizado. Também não prevê o número de renovações permitidas.

Embora o mandamento legal seja “não poderá exceder o prazo de 15 dias, com possibilidade de renovação por igual período”, a jurisprudência vem decidindo por reiteradas renovações muito além do tritídio legal previsto. Frise-se a incontestável impossibilidade da permissão com o uso do vocábulo “não poderá”, para além do tempo ali descrito.

Entende Luiz Flavio Gomes que toda ingerência na vida privada do cidadão deve ter limites pré-fixados, o que tornaria um absurdo que este prazo se prolataste indefinidamente no tempo. Prossegue afirmando: “[...] renovação, pela lei, só pode ocorrer uma vez. Fora disso, somente quando houver justificação exaustiva do excesso e quando a medida for absolutamente indispensável, demonstrando-se, em cada renovação, essa indispensabilidade [...]”¹⁴⁰.

Na mesma direção trilha Vicente Greco Filho em relação ao prazo de concessão, ao afirmar a necessidade de ser observado o critério de razoabilidade na análise do caso concreto, tendo em vista a omissão da lei quanto à limitação, sempre atentando para a imprescindibilidade da prova¹⁴¹.

A interceptação poderá ser gravada ou não, certo é que, concluída a diligência, deve ser encaminhado ao juiz relatório circunstanciado das operações realizadas. Em face da indefinição em relação ao período autorizado para as escutas e quais os critérios utilizados na hipótese de prorrogação, alerta que o magistrado poderá ser induzido ao erro em razão de justificativas que não se sustentam na prática¹⁴².

diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

¹⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação telefônica**: prazo de duração, renovação e excesso. Disponível em: < <http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

¹⁴¹ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações gerais sobre a lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 33.

¹⁴² GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações gerais sobre a lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 34.

Em relação ao tema, percebe-se que a doutrina não mantém posicionamento convergente. Parte não admite renovação além da previsão legal; outra entende serem possíveis tantas renovações quantas forem necessárias, desde que exaustivamente fundamentadas. Os tribunais vêm decidindo nos dois sentidos: convalidando interceptações além do tritúdio legal e, por outro lado, anulando procedimentos que vão além do período previsto na norma.

Aponta Flávio Gomes que “o cuidado que se deve tomar é o de evitar “autorizações impressas”, com expressões genéricas, vagas e adequadas para todas as situações. Em cada momento, em cada renovação, impõe-se a demonstração da indispensabilidade da prova, que faz parte da proporcionalidade e razoabilidade da medida. O juiz não pode, no nosso modo de ver, nem autorizar nem renovar a interceptação “de ofício” (artigo 3º da Lei 9.296/1996). Não se admite a quebra do *ne procedat iudex ex officio*¹⁴³.

No entendimento pela prorrogação além do período previsto na lei, decidiu o Ministro Joaquim Barbosa, por ocasião da análise do *Habeas Corpus* n. 85.575, abaixo ementado:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Persistindo os pressupostos que conduziram à decretação da interceptação telefônica, não há obstáculos para sucessivas prorrogações, desde que devidamente fundamentadas, nem ficam maculadas como ilícitas as provas derivadas da interceptação. Precedente. Recurso a que se nega provimento¹⁴⁴.

O Superior Tribunal de Justiça, relatoria do Ministro Nilson Naves, decidiu pela anulação das provas obtidas via interceptação telefônica, que perduraram por período superior àquele fixado na lei, no entendimento de que as condições autorizativas previstas na norma não se encontravam presentes, por ocasião do julgamento do HC 76.686-PR, abaixo ementado:

Comunicações telefônicas. Sigilo. Relatividade. Inspirações ideológicas. Conflito. Lei ordinária. Interpretações. Razoabilidade.

1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas; admite-se, porém, a interceptação "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer".

¹⁴³ GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação telefônica**: prazo de duração, renovação e excesso. Disponível em: < <http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 85.575/SP. Segunda Turma. Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 28/03/2006, **Diário da Justiça** 16 mar.2008.

2. Foi por meio da Lei nº 9.296, de 1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional -e bem explícito -em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação - "renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova".
3. Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las.
4. Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada, etc. É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (Maximiliano).
5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade.
6. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito¹⁴⁵.

Em sintonia com o *decisium* acima elencado, sugere Luiz Flávio Gomes como referencial, que, “se o prazo único possível não for o de trinta dias (embora seja isso o que está previsto na lei), que sejam os sessenta dias do estado de defesa, de acordo com previsão do 136, § 2º da Constituição Federal¹⁴⁶, consoante doutrina de Geraldo Prado. Em situações extremas nas quais esse prazo necessite ir além de sessenta dias, seja razoável, desde que haja decisão exaustivamente fundamentada¹⁴⁷.

Conclui-se pelos posicionamentos acima esposados, que a interceptação telefônica é medida excepcional e tem por fundamento a necessidade de obtenção de uma prova cuja obtenção não se concretiza por meios outros, não podendo, entretanto, se protrair indefinidamente no tempo. O caráter provisório da medida não pode ser afastado, ressalvadas as hipóteses fundamentadas de prorrogação, tal medida não poderá perdurar por tempo que cause excessivo prejuízo aos direitos individuais.

Pelo princípio da hierarquia normativa reinante no Brasil, cujo referencial é a Constituição Federal, que se encontra no ápice da pirâmide do sistema jurídico, nos parece

¹⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 76.686-PR. Sexta Turma. Relator Ministro Nilson Naves, julgado em 09/09/2008. **Diário da Justiça** em 10 nov.2008.

¹⁴⁶ § 2º - O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação.

¹⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação telefônica**: prazo de duração, renovação e excesso. Disponível em: < <http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

pacífica a primazia dos fundamentos trazidos na Carta Magna em relação às previsões contidas em norma infraconstitucional.

2.6.4 Condução do procedimento da interceptação telefônica

No artigo 6º da lei em análise¹⁴⁸, taxativamente foi estabelecido que os procedimentos serão conduzidos pela polícia, alijando da execução do processo de interceptação o Ministério Público, cuja participação se dará por meio da cientificação, facultando o acompanhamento de sua realização.

Pondera Lênio Luiz Streck que o Ministério Público poderá dispensar o inquérito policial, conforme prevê o artigo 46, § 1º, do Código de Processo Penal¹⁴⁹, assim sendo, na hipótese da imperiosa produção de provas se dar mediante a interceptação telefônica, conclui-se, pela disposição contida do artigo 6º da Lei 9.296/96, que a imposição de inquérito policial é medida obrigatória, subvertendo a disposição do Código de Processo Penal¹⁵⁰.

Sugere Lênio Luiz Streck, ao atacar a previsão contida na lei, que aplicando a interpretação sistemática, sob a ótica constitucional, também o Ministério Público é competente para conduzir o procedimento de interceptação telefônica. Ficando a previsão contida no artigo 6º da referida lei, adstrita nas hipóteses das investigações se iniciarem por meio de inquérito policial, neste caso, a participação do *parquet* se restringe à ciência dos fatos¹⁵¹.

Discordamos da posição acima esposada por total ofensa ao princípio da legalidade. A norma regulamentadora taxativamente atribui a condução do procedimento da interceptação à polícia, não cabendo outra interpretação por extensividade que se deseje atribuir a norma.

¹⁴⁸ Art. 6º Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

¹⁴⁹ §1º. Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informações ou a representação.

¹⁵⁰ STREK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**. constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 89.

¹⁵¹ STREK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**. constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 89.

A previsão de gravações das conversas interceptadas é de caráter prático, visto que, é a transcrição posterior de tais dados é que farão parte do acervo probatório. O envio de relatório do resumo das ações perpetradas ao juiz serve para averiguação se os meios declinados estão servindo ou não aos objetivos para os quais foi autorizada originalmente, além de configurar controle judicial sobre as ações da polícia.

2.6.5 Incidentes de apensamento e inutilização

Conforme previsão contida no artigo 7º da Lei 9.296/96¹⁵², a escuta será feita pela polícia que tem a faculdade de requisitar informações e serviços técnicos às concessionárias de serviço público. Ressalte-se que mesmo sendo esta participação de caráter supletivo, há o perigo de quebra do sigilo das escutas realizadas e ainda o demora na execução dos serviços.

A execução se dá de forma simples: as concessionárias são instadas por meio de decisão judicial, a realizar o redirecionamento das comunicações dos números de telefones constantes do mandado para uma central da polícia, a fim de que esta promova o monitoramento das conversas.

O acesso às conversas propriamente dito é realizado por um policial, por intermédio de fones de ouvido, em tempo real ou por meio de gravações, porém, estas conversas havidas podem sofrer interferências externas, ficar inaudíveis e mais grave, podem ser interpretadas fora do contexto no qual ocorrem ou se referem.

Em relação ao incidente de apensamento das provas aos autos do inquérito ou do processo criminal previsto no artigo 8º da Lei 9.296/96¹⁵³, percebe-se inversão lógica, tendo em vista que o descarte de provas que não interessam ao processo, sejam elas transcritas ou apenas gravadas, deve ser antecedente ao apensamento nos autos, sendo apensado, apenas, aqueles elementos considerados imprescindíveis como prova.

¹⁵² Art. 7º Para os procedimentos de interceptação de que trata esta Lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público.

¹⁵³ Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas

O mesmo entendimento compartilham Ada Pellegrine Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes¹⁵⁴ ao afirmarem que o incidente do “apensamento” será a ocasião em que as partes se pronunciarão a cerca dos conteúdos. Neste momento ocorre também a inutilização de trechos inservíveis como prova, previsão contida no artigo 9º da Lei 9.296/96¹⁵⁵.

Na visão Ada Pellegrine Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, o descarte destes trechos deveria ocorrer antes do apensamento, na presença das partes, com o intuito de preservar a privacidade de terceiros. Prosseguem afirmando que as decisões proferidas incidentalmente, são passíveis de recurso, embora a lei seja silente sobre a questão, mas cabível em homenagem ao princípio da ampla defesa¹⁵⁶.

O Ministério Público como parte acusatória na ação penal pública tem a prerrogativa legal de requerer a interceptação telefônica, conforme previsão contida no art. 3º inciso II da Lei 9.296/96¹⁵⁷, em sendo assim, presume-se conhecedor dos conteúdos desde o início dos procedimentos, privilégio não ofertado à defesa, que somente tomará conhecimento do conteúdo probatório após a juntada aos autos.

Isto significa, que desde o primeiro momento, o Ministério Público é conhecedor do inteiro teor das provas coletadas, ficando ainda ao seu talante, o descarte da parte que, já emitindo juízo de valor, não será servível à futura ação penal. A defesa não é agraciada com a prerrogativa de requisição, tampouco o acompanhamento da interceptação, ferindo alguns princípios constitucionais, dentre eles a paridade de armas.

Em face da impossibilidade de participar do procedimento desde o primeiro momento, a defesa fica prejudicada temporalmente em relação à acusação, tendo em vista que aquela dispõe de menor tempo para elaborar as teses que serão levadas a cabo em contraponto à acusação, e ainda, o distanciamento da defesa no processo de colheita de provas por

¹⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Interceptações e Gravações. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 201. p. 166

¹⁵⁵ Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

¹⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Interceptações e Gravações. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 201. p. 166

¹⁵⁷ Art. 3º (...) II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

intermédio da escuta, leva a concentração e priorização nos pontos que confirmem as teses da acusação.

A professora Ada Pellegrine Grinover assim se manifestou por ocasião do 15º Seminário Internacional do IBCCrim, em São Paulo: “[...] a Polícia e o Ministério Público têm acesso às informações na medida em que elas são colhidas, enquanto o advogado do acusado é intimado ao final da escuta, recebe de uma vez toda a transcrição das conversas e precisa correr para apresentar a defesa”. Prossegue no mesmo raciocínio afirmando: “[...] a intimação, depois de encerradas as operações técnicas, não oferece ampla possibilidade de defesa [...]”¹⁵⁸.

A referida autora fez parte da comissão constituída em 2003, com vistas à adequação da Lei 9.296/96 aos ditames constitucionais e ainda buscando sanar omissões contidas na norma regulamentadora, visando uma melhor operacionalização desse meio de produção de provas. Concluída como Anteprojeto, até a presente data, as conclusões geradas pela comissão não foram transformadas em lei ou mesmo em projeto de lei.

Atualmente existe em tramitação o Projeto de Lei 3.272/08, aprovado pelo Senado e à espera da análise pela Câmara dos Deputados, que visa a reforma da Lei de Interceptações Telefônicas (Lei 9.296/96), cujo último andamento foi realizado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados em 16/03/10, onde permanece aguardando.

Na opinião da professora Ada Pellegrini Grinover, da forma como está sendo conduzida a mencionada reforma, não irá melhorar a vida da defesa dos acusados, uma vez que não altera o tempo e momento ofertados à defesa para análise das conversas gravadas, pontos cruciais, conforme pondera, persistindo a diferença de tratamento ofertado à defesa e acusação¹⁵⁹.

A renomada autora Ada Pellegrine, juntamente com Luiz Flavio Gomes, Vicente Greco, Lênio Luiz Sctreck, dentre outros, promovem severas críticas à Lei 9.296/96, entendendo que a norma deva sofrer adequações com o objetivo de sanar as obscuridades

¹⁵⁸GRINOVER, Ada Pellegrini. Reforma da Lei de Interceptações prejudica defesa. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 29 ago. 1999. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2009-ago-29/projeto-reforma-lei-grampos-prejudica-defesa-ada-pellegrini>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

¹⁵⁹GRINOVER, Ada Pellegrini. Reforma da Lei de Interceptações prejudica defesa. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 29 ago. 1999. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2009-ago-29/projeto-reforma-lei-grampos-prejudica-defesa-ada-pellegrini>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

contidas, indeterminações, adequação ao direito comparado e ainda, buscar disposições de acordo com os princípios e preceitos constitucionais, tendo em vista a violação dos direitos fundamentais.

2.7 Cenário brasileiro e o Conselho Nacional de Justiça - CNJ

Com o objetivo de disciplinar o assunto, em face das inúmeras operações policiais efetuadas, com base em indícios obtidos por intermédio de interceptação telefônica, cujos conteúdos vazaram para a imprensa, via de regra envolvendo pessoas de relevante destaque nacional, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou em 09/09/2008 a Resolução nº 59/08, que regulamenta o procedimento destinado às autorizações judiciais para as interceptações das comunicações¹⁶⁰.

Pela Resolução, os juízes de todo o país deverão informar mensalmente às corregedorias estaduais a quantidade de escutas autorizadas. A regulamentação prevê ainda a redução dos intermediários e a identificação das pessoas que tiveram acesso às escutas autorizadas, com a finalidade de preservar o sigilo das informações obtidas e evitar possíveis vazamentos.

De acordo com as notícias veiculadas na imprensa e compiladas por Luiz Flavio Gomes e Silvio Maciel, há cinco anos existiam 400.000 autorizações concedidas anualmente. Hoje, conforme as mesmas fontes, existem em torno de 200.000 autorizações¹⁶¹.

Da análise dos dados acima, infere-se que a “*práxis*” invasiva vem diminuindo e suscitando questionamentos até nos quadros do próprio poder judiciário, seja em razão do posicionamento garantista do Conselho Nacional de Justiça externado na Resolução nº 59/08, seja em consequência dos constantes vazamentos de informações sigilosas, “o que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito”, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, à

¹⁶⁰ BRASIL. Resolução nº 59, de 09 de setembro de 2008. Disciplina e uniformiza as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, a que se refere a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. **Diário Justiça-e**, Brasília, nº 48, 12 set. 2008. p. 20-23. Acesso em: 01 jun 2012.

¹⁶¹ GOMES, Luiz Flavio; MACIEL, Silvio. Interceptação Telefônica: **comentários à Lei 9.296, de 24/07/1996**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 95

época Presidente do Supremo Tribunal Federal, ao se manifestar a cerca de grampos instalados no seu próprio gabinete.

Norma que tem por finalidade regulamentar restrição de direito e garantia constitucionalmente garantidos, espera-se que prime pela objetividade, tendo em vista seu caráter excepcional.

Vale lembrar que a Lei 9.296/96, além do excessivo tempo decorrido da sua previsão na Constituição até a edição, oito anos, não promoveu a esperada segurança jurídica que o tema exige, dada a natureza do assunto tratado: a inviolabilidade das comunicações, considerada como cláusula pétrea.

A previsão do requisito de que, para ser deferida a interceptação telefônica, o crime deve ser apenado com reclusão, é muito vago e injusto sob o ponto de vista da realidade jurídica brasileira, tendo em vista que determinados crimes, mesmo com previsão em abstrato de reclusão estão sujeitos à transação penal, e até a suspensão do processo, não justificando medida.

O entendimento de que as provas obtidas por meio da interceptação telefônica podem ser utilizadas em processos administrativos já foi objeto de manifestação por parte do Supremo Tribunal Federal, sobre o qual se manifestou favoravelmente. O Superior Tribunal de Justiça se pronunciou favoravelmente pela autorização da medida a pedido de juiz cível, o que demonstra que as previsões taxativas da norma vem sendo relativizadas dependendo do caso concreto.

A abrangência prevista relativa à espécie de comunicação telefônica, com o uso de expressões de conceito aberto (de qualquer natureza) e ainda acrescentando possibilidades que a norma máxima não prevê (sistema de informática e telemática), não parece estar em sintonia com o aspecto restritivo constante da Constituição Federal, ante a utilização do vocábulo “salvo”, denotando como “*ultimo ratio*” de constituição de provas a interceptação telefônica.

A escolha da redação negativa inverte a noção principiológica de que a quebra do sigilo nas comunicações é exceção, enquanto a inviolabilidade é regra. Da forma como está posta na norma conclui-se, que excetuando as previsões ali elencadas, que não se exaurem, todas as demais são permitidas.

A previsão de solicitação de interceptação telefônica pelo juiz é uma afronta ao princípio da imparcialidade do magistrado, ainda mais, a autorização de quebra do sigilo das comunicações deve necessariamente ser escoltado de fundamentação, o que na possibilidade parece absurdo.

A previsão aberta de execução da medida de 15 dias, renováveis por igual período, não vem sendo interpretada da mesma forma por todos os operadores do direito. A norma abre a possibilidade de interceptações telefônicas como meio de garimpagem de provas.

A fundamentação exigida pode ser reduzida à expectativa da polícia em confirmar as teses inicialmente propostas, caracterizando violação das comunicações em elemento perpetuador de restrição de garantias.

A proibição das investigações se iniciarem por meio da interceptação telefônica não parece operacional, tendo em vista não precisar se tais investigações preliminares tiveram ou não o condão de apurar o crime. Que tipo de investigação seria considerada satisfatória para ser considerada preliminar, a norma também não traz a clarificação.

A Lei 9.296/96, mesmo tardiamente, podemos avaliar, após oito anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, veio, de certa maneira, trazer critérios operacionais a respeito da interceptação telefônica.

Geraldo Prado ensina que, mesmo o direito processual penal brasileiro seja de cunho acusatório, essencialmente na fase do inquérito, é também calcado em direitos e garantias individuais. Devem ser estabelecidos limites ao discurso dos magistrados como suporte no controle da criminalidade, afastando a necessária imparcialidade, expandindo a ação estatal por meio de decisões que avançam na esfera privada do indivíduo, em total afronta aos princípios constitucionais¹⁶².

Em relação ao tema interceptação telefônica, podemos concluir que abusos vem sendo cometidos, não por ausência de norma regulamentadora, que bem ou mal (com pontos questionáveis, é verdade), trouxe critérios para sua autorização, ou seja, o legislador cumpriu

¹⁶² PRADO, Geraldo. **Limites às interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. pg.43

a tarefa constitucionalmente prevista. Abusos são cometidos por meio de decisões que extrapolam os limites contidos na norma, ou sem o devido sopesamento entre a real necessidade da medida e a restrição de direitos e garantias que esta representa.

No caso analisado nesta monografia, consta a informação de que no mesmo dia em foi requerida a medida pelo Ministério Público a mesma foi deferida. Da leitura da fundamentação observa-se a ausência de menção à qualquer elemento de ponderação, seja ele constitucional ou infraconstitucional. Antes, percebe-se o açodamento com que a decisão foi tomada, sem o amadurecimento requerido, chegando mesmo o magistrado de primeiro grau a enquadrar o crime em tipificação diversa daquela requerida, sendo um dos pontos questionados e utilizados na fundamentação da decretação da nulidade das provas obtidas por meio da interceptação telefônica.

3 EXPOSIÇÃO DO CASO: OPERAÇÃO TREM PAGADOR

Neste capítulo, pretende-se traçar uma descrição do caso objeto de estudo desta monografia. Após uma síntese, passaremos a analisar os fundamentos utilizados pelo relator Desembargador-Relator Tourinho Neto, externado por ocasião do voto proferido para conceder a ordem no *writ*, a nosso ver, em consonância com estrita previsão legal.

A escolha deste julgado se deu em razão da publicidade que a decisão alcançou, por envolver pessoas importantes no cenário político e social e ainda por trazer à discussão o tema “interceptação telefônica”, utilizado largamente nas investigações policiais, com reiterados vazamentos dos conteúdos para a imprensa, na razão direta da importância sociopolítica dos sujeitos envolvidos.

Mas, primordialmente foi escolhido em razão da fundamentação utilizada pelo relator, fugindo às demais decisões exaradas anteriormente sobre o tema, que via de regra, tinham como justificativas para decretação da ilicitude, a afronta ao prazo legalmente previsto ou ausência de fundamentação conforme exigência constitucional e legal.

O Ministério Público insurgiu-se contra a decisão por meio de Embargos de Declaração, os quais foram conhecidos e não providos. Atualmente, conforme pesquisa realizada no site oficial do Tribunal Regional Federal 1ª Região, em 13 de março de 2013, o processo encontra-se na Procuradoria Regional da República para análise.

3.1 Histórico do caso

O objeto de estudo desta monografia consiste na análise da decisão no *Habeas Corpus* nº 0049876-36.2012.4.01.0000/GO proferido pelo Tribunal Regional Federal, 1ª Região, Terceira Turma, Desembargador-Relator Tourinho Neto, abaixo ementado:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA.

1. O pedido de interceptação de comunicação telefônica deve demonstrar sua indispensabilidade para apuração da infração penal, conforme dispõe o art. 4º da Lei 9.296, de 1996.
2. É necessário a demonstração da real necessidade da interceptação telefônica, e não por ser mais prático, fácil e cômodo, para investigação.
3. Se a prova puder ser realizada mediante outras provas, busca e apreensão, perícias, etc., não se defere o pedido de interceptação de comunicações telefônicas.

4. O crime punido com detenção não admite a interceptação de comunicação telefônica (Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, art. 2º, inc. III).
5. A invasão da intimidade e privacidade do cidadão exige que a escuta seja indispensável.
6. Não se defere a interceptação telefônica para corroborar a prova já colhida ¹⁶³.

A decisão acima transcrita foi escolhida para objeto do presente trabalho, conforme já mencionado, em razão da repercussão causada na imprensa, com reiteradas manchetes nos jornais, televisão e rádio, e ainda, por ter suscitado inúmeras citações no ambiente acadêmico, mencionada como decisão paradigma em face das razões da sua fundamentação, cuja abrangência permite desenvolver o tema de forma ampla no âmbito desta monografia.

O acesso ao acórdão suso mencionado, assim como o inteiro teor dos votos proferidos foi feito diretamente no site oficial do Tribunal Regional Federal, <http://portal.trf1.jus.br>, por meio do número do *Habeas Corpus*.

A partir da escolha do caso, foram realizadas pesquisas nos sites de outros Tribunais, principalmente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça relativas ao tema “interceptação telefônica”, ao que se observou ser questão bastante demandada.

Em pesquisa realizada no site oficial do Superior Tribunal de Justiça, <http://www.stj.gov.br>, no dia 29 de abril de 2012, desde sua criação, utilizando os parâmetros de pesquisa ali descritos, obtivemos os seguintes resultados:

Formas da Escrita da Lei	Acórdãos	Outros Documentos	Decisões Monocráticas	Total
9.296	7	28	—	35
9296	10	—	7	17
9.296/96	166	—	1.260	1.426
9.296/1996	39	—	72	111
Total	222	28	1.339	1.589

O trabalho foi desenvolvido por intermédio de pesquisa documental nos seguintes termos: a doutrina aqui utilizada foi selecionada a partir das citações feitas nas decisões

¹⁶³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Habeas Corpus nº 0048876-36.2012.4.01.0000/GO. Terceira Turma. Relator Ministro Tourinho Neto. **Diário da Justiça Federal da primeira região**. Brasília, ano IV, nº 184, publicado em 21 set.2012. p. 780/781.

proferidas, como embasamento teórico, bem como lançamos mão de pesquisa na internet e ainda, pesquisa no banco de monografias depositadas na Biblioteca do Uniceub.

O *case* objeto deste estudo, decorreu de investigações policiais iniciadas em agosto de 2011, por requisição do Ministério Público Federal, no processo de nº 344750720114013500/GO, com o objetivo de apurar, em tese, crimes de formação de quadrilha e lavagem de dinheiro, decorrentes da possível ocultação e dissimulação da origem de dinheiro e bens imóveis, adquiridos em nome do investigado (presidente da Valec) e de seus familiares, com recursos supostamente obtidos decorrentes de superfaturamentos em contratos públicos.

A interceptação telefônica foi oficiada pelo Ministério Público na fase do inquérito policial, além da quebra do sigilo fiscal e bancário, ao argumento de que o patrimônio dos investigados era incompatível com a receita dos mesmos, decorrente da função pública ocupada á época, após constatar “operações imobiliárias vultosas”, na avaliação do órgão acusador. Ao que foi deferido pelo juiz pelo juiz da 11ª Vara Federal de Goiás.

Inconformada, em sede do *Habeas Corpus* nº 0049876-36.2012.4.01.0000/GO¹⁶⁴ ao Tribunal Regional Federal, 1ª Região, a defesa argumenta que aos pacientes estava sendo imputado o crime de “fraude em licitação”, crime este punido com pena de detenção, e não de reclusão conforme exigência da lei, e ainda, que nenhuma outra investigação fora realizada previamente, já iniciando o processo inquisitório com a interceptação telefônica, ocasião em que apontou, inclusive, meios outros que poderiam ter sido utilizados na investigação.

Prossegue a defesa atacando a fundamentação da decisão que concedeu a medida, por entender que as argumentações ali descritas não são suficientemente convincentes, e mais, a alegação de inexistência de outros meios de aferição da evolução patrimonial dos investigados não procede, apenas não foram realizadas as diligências cabíveis, dado que as investigações tiveram seu início já marcado pela interceptação telefônica.

¹⁶⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Habeas Corpus nº 0048876-36.2012.4.01.0000/GO. Terceira Turma. Relator Ministro Tourinho Neto. **Diário da Justiça Federal da primeira região**. Brasília, ano IV, nº 184, publicado em 21 set.2012. p. 780/781.

Alega ainda a defesa que a medida é “absolutamente desproporcional” para a investigação do crime imputado, lavagem de dinheiro, tendo em vista inexistência de qualquer outro tipo de investigação preliminar contra os acusados.

O *Habeas Corpus* nº 0049876-36.2012.4.01.0000/GO¹⁶⁵ foi impetrado sem pedido de liminar, o que possibilitou o enfrentamento do mérito da questão pelo Tribunal já em primeira assentada.

3.2 Análise do fundamento da decisão

A seguir analisaremos os fundamentos que sustentaram a decisão. Foi enfrentada primeiramente a questão da ofensa ao princípio do promotor natural suscitada pela defesa, concluindo o relator pela não ocorrência de tal irregularidade, sobre a qual não trataremos de forma pormenorizada uma vez que não compõe o objeto deste estudo.

A divergência na tipificação do crime imputado aos acusados é trazida à análise em seguida, e ato contínuo, promove discussão acerca da impossibilidade de autorização da medida em face da possibilidade de obtenção da prova por outros meios.

Ressalta a comprovação de necessidade de indispensabilidade da interceptação telefônica como instrumento de invasão de privacidade do cidadão, dada à natureza de exceção absoluta que esta representa.

3.2.1 Crime punido com detenção: impossibilidade da medida

Primeiramente o Desembargador-Relator Tourinho Neto aponta inconciliabilidade de tipificação do crime imputado aos acusados por parte do Ministério Público (lavagem de dinheiro) e o juiz por ocasião da autorização da medida (fraude em licitações).

Pelo Ministério Público foi dito como fundamentação da solicitação:

¹⁶⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Habeas Corpus nº 0048876-36.2012.4.01.0000/GO. Terceira Turma. Relator Ministro Tourinho Neto. **Diário da Justiça Federal da primeira região**. Brasília, ano IV, nº 184, publicado em 21 set.2012. p. 780/781.

“[...] Ademais, dado que, não raro, a consumação do crime de lavagem de dinheiro demanda o concurso de várias pessoas, cada qual atuando em uma das etapas do processo [...]”. O juiz, ao analisar o pedido, fundamentou a autorização judicial para a execução da interceptação telefônica atribuindo outra tipificação ao crime objeto da investigação: “[...] Nas investigações envolvendo fraude em licitações, quando há indícios de apropriação de dinheiro público diretamente [...]”.

O juiz federal na decisão que autorizou a interceptação telefônica dos investigados fundamentou a decisão dizendo:

“[...] Nas investigações envolvendo fraude em licitações, quando há indícios de apropriação de dinheiro público diretamente, de forma documentada, o monitoramento das comunicações telefônicas mostra-se de extrema valia, e constitui hipótese exemplar da adequada aplicação de tão excepcional recurso investigativo na reunião de informações mais seguras para a formação do juízo pelo órgão incumbido constitucionalmente da persecução criminal em juízo [...]”.

Assiste razão ao Desembargador tendo vista tratar-se de crimes diferentes, cuja reprimenda quantitativa e formas de cumprimento de pena, na hipótese de condenação, são também apartadas, o que demandaria análise e tratamento diferenciados, conforme preceitos normativos em vigor. Também não adentraremos sobre o tema, pela mesma razão acima esposada.

O vogal, Desembargador Federal Cândido Ribeiro, em sintonia com o posicionamento do relator se manifestou fundamentando sua decisão na proibição na concessão da medida em razão do crime, em tese, a ser investigado prevê pena no máximo com detenção¹⁶⁶.

O direito penal, mais do que qualquer outro, na busca pela verdade real dos fatos, não admite situações ambíguas que legitimem ou autorizem situações de extrema invasão de privacidade como se configura a escuta telefônica. Na eventualidade de possível dúvida, esta deve ser interpretada da maneira mais favorável ao réu ou acusado, em homenagem ao princípio *in dubio pro reo*.

Ao avaliar a dissonância de tipificação, o Desembargador a interpretou como sendo crime de lavagem de dinheiro, punido com detenção, de acordo com a Lei 8.666/93¹⁶⁷,

¹⁶⁶ “Não é possível decretar a quebra do sigilo telefônico e instalar a interceptação com base na necessidade de apurar a prática de um ilícito que é apenado com detenção. A lei veda; ela só permite a interceptação na hipótese de cometimento de crime apenado com reclusão. Então, com base nessa premissa, vou acompanhar Vossa Excelência para considerar nula essa interceptação decretada.”

¹⁶⁷ BRASIL. Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal,

impossível, portanto, por disposição legal, a interceptação telefônica nos moldes da Lei 9.296, de 24 de julho de 1993, artigo 2º, inciso III¹⁶⁸.

Embora, conforme exaustivamente tratado neste trabalho, a concepção da doutrina majoritária, Ada Pelegrine Grinover, Luiz Flávio Gomes, Vicente Greco Filho, dentre outros, de que o critério da pena em abstrato (reclusão) como requisito autorizativo na interceptação telefônica afronte o princípio da proporcionalidade, tendo em vista a reprobabilidade de condutas apenadas com detenção, na visão daqueles poderiam também sofrer a restrição, a decisão veio privilegiar o preceito taxativamente previsto na norma, sinalizando que mesmo em face a sólidos questionamentos relativos a mesma, esta permanece válida, sendo a aplicação medida que se exige.

3.2.2 Inexistência investigação preliminar

Na formulação do voto aduz o Desembargador-Relator:

“De acordo com o art. 2º, incisos I e II, da Lei 9.296/96, não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas, quando, havendo razoáveis indícios de autoria ou participação em infração penal punida com pena de reclusão:
II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;”

O Desembargador Tourinho Neto, em perfeita concordância com os ditames da lei adverte que a autorização para interceptação de comunicações, como meio de obtenção de provas só será admitida em circunstâncias em que estas não possam ser viabilizadas por meio menos gravoso e invasivo na vida privada do indivíduo.

Argumenta ainda o relator que a expressão utilizada pelo Ministério Público “aferir com segurança” não merece acolhimento, tendo em vista que não ficou demonstrado outras formas de investigação preliminar no sentido da colheita das provas.

Nesse tópico o Desembargador lançou mão das lições de Lênio Luiz Streck, e ressalta que “outros meios disponíveis, isto é meios legais-processuais” devam ser utilizados

institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, Publicado 22 jun.1993. Republicado 6 jul. 1994.

¹⁶⁸ **Art. 2º** Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

antes que se proceda à invasão da intimidade e privacidade do cidadão, para que se conclua por derradeiro, a indispensabilidade da violação nas comunicações do indivíduo.

Prossegue o magistrado, utilizando expressão doutrinária de Lênio Luiz Streck “o uso da escuta somente poderá ser deferido por exceção absoluta, é dizer, quando for *conditio sine qua non* para apuração da infração”.¹⁶⁹

Continua explicitando que se a prova puder ser realizada por meios outros, tais como: busca e apreensão, perícias, etc., não se defere pedido de interceptação de comunicações telefônicas. Extrai-se dos autos a informação de que, a única diligência realizada preliminarmente à solicitação da interceptação, foi a juntada de informações cadastrais relativas às empresas de um dos investigados. Não havendo registro de outras investigações ou impossibilidade de realização de outros meios de provas para elucidação dos fatos.

Conclui-se, portanto, que o Desembargador-Relator interpretou os fatos neste caso, aplicando juízo de ponderação, em atendimento ao princípio de proporcionalidade quando da colisão de dois direitos fundamentais, ou seja, para atingir o resultado desejado, há que se observar a aplicação do meio menos danoso e invasivo ao indivíduo, em consonância com o posicionamento esposado pelo Ministro Gilmar Mendes, mencionado anteriormente neste trabalho por ocasião da delimitação dos requisitos autorizativos da medida.

A lei que regulamenta o procedimento prevê como condição que impõe deferimento, a impossibilidade de a prova puder ser produzida por outros meios legais e processuais, conforme frisa o Desembargador.

Ou seja, ante a inexistência de investigações preliminares, vislumbrando o magistrado outras alternativas de obtenção da prova e ainda levando em consideração a colisão do direito à inviolabilidade de comunicações dos acusados e o interesse público, depreende-se que a decisão sob análise foi realizada tendo por base dois princípios basilares do direito nacional: o princípio da legalidade (artigo 2º, inciso II, da Lei 9.296/96) e o

¹⁶⁹ STRECK, Lênio Luiz. As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição, cidadania, violência: **a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. pg. 47.

princípio constitucional da proporcionalidade (a restrição de direito fundamental se dará na forma menos gravosa).

O posicionamento do eminente relator permanece na linha da estrita previsão da norma, a qual proíbe a autorização para a escuta telefônica, se a prova puder ser feita por outros meios disponíveis. Até porque, prossegue, para a conclusão de que a escuta telefônica é o único meio cabível no caso concreto, exige-se que procedimentos outros tenham sido realizados previamente. A escolha da excepcionalidade da escuta telefônica não pode ser feita com base na praticidade, facilidade ou comodidade da polícia técnica.

3.2.3 Necessidade não demonstrada no pedido

Menciona ainda o julgador no bojo da fundamentação do seu voto que o pedido para interceptação telefônica deve ser fundamentado com as razões pelas quais o justificam como único meio plausível de obtenção da prova, de acordo com o preceito estabelecido no artigo 4º, caput, da Lei 9.296/96¹⁷⁰. Tal conclusão, por óbvio, só será alcançado após outras formas de investigação perpetradas.

O Ministério Público por ocasião do pedido restringe a fundamentação alegando que: “[...] Aferir com a segurança que exige de um veredicto criminal, se a participação é consciente e, de consequência, penalmente responsável em relação a cada um dos investigados em cujos nomes o patrimônio encontra-se registrado [...]”.

Conforme já foi mencionado, a interceptação telefônica não poderá ser utilizada como praticidade de meio investigatório pela polícia técnica ou, por outro giro, não poderá jamais ser deferida para corroborar a prova já colhida, conforme constou do acórdão objeto deste trabalho, suscitado na fundamentação do pedido pelo órgão acusador.

A fundamentação do juiz concedente da medida também segue esta mesma direção, ao explicitar na fundamentação concessória: “[...] Nas investigações envolvendo fraude em licitações, quando há indícios de apropriação de dinheiro público diretamente, de forma documentada [...]”.

¹⁷⁰ Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterá a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

Observa-se que a decisão além do atendimento ao artigo 4º, caput, da lei em comento, também se ateve ao disposto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal¹⁷¹, em relação a competente fundamentação exigida para convencimento racional do julgador. Neste caso, entendeu o Desembargador não foi suficiente.

3.2.4 Fundamentação insuficiente do juiz

A fundamentação das decisões judiciais é de crucial importância no exercício do princípio da ampla defesa e contraditório, tendo em vista ser este o meio que as partes tomam ciência das razões do convencimento racional do magistrado e assim podem contrapor argumentos. Assim determina a Constituição Federal no seu artigo 93, inciso IX.

A Lei 9.296/96 no artigo 5º¹⁷² determina a necessidade de fundamentação na decisão do juiz ao pedido formulado pela polícia ou Ministério Público. No presente caso, entendeu o Desembargador, que a fundamentação do magistrado não teve o condão de demonstrar a real indispensabilidade da medida na apuração da infração penal, restringindo-se à justificativa de corroborar com as provas documentais já produzidas.

A fundamentação da decisão do magistrado ao pedido de interceptação telefônica é essencial mais ainda sob o ponto de vista da defesa, conforme já ventilado anteriormente neste trabalho, tendo em vista que o acesso às provas e as razões pela sua concessão só serão franqueados à defesa no momento em que as mesmas são anexadas aos autos, ocasião em que exercerá o direito ao contraditório.

3.2.5 Ilicitude das provas

¹⁷¹ Art. 93 (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

¹⁷² Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Em face das considerações proferidas no voto, o Desembargador Tourinho Neto aplicando o dispositivo contido no artigo 157 do Código de Processo Penal¹⁷³, entendeu que as provas decorrentes da interceptação telefônica foram obtidas com violação da norma legal, no caso, a Lei 9.296/96, sendo assim consideradas ilícitas.

Em razão da decisão pela ilicitude das provas obtidas por intermédio do procedimento, determinou o desentranhamento destas do processo, além daquelas porventura colhidas decorrentes do procedimento da interceptação, concluindo pelo nexo de causalidade entre elas, fundamentando a decisão no preceito normativo contido no parágrafo 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal¹⁷⁴.

Pela fundamentação acima esposada, observa-se que o Desembargador-Relator preferiu utilizar a norma positivada, constante do Código de Processo Penal, artigo 157, parágrafo 1º, para declarar a nulidade das provas decorrentes daquelas, que as entendeu ilícitas, não mencionando a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada utilizada por parte da doutrina, também mencionada nesta monografia.

É conveniente ressaltar que embora a Lei 9.296/96, ao nosso sentir, possui algumas incongruências em relação à Constituição, a decisão ora prolatada passou ao largo das divergências e aplicou a letra da lei, e ainda, atentou para os princípios constitucionais de restrição mínima de direitos fundamentais, mostrando que, mesmo diante de lacunas ou previsões alargadas em relação à norma máxima, sempre existe espaço para decisões calcadas na interpretação sistemática do ordenamento jurídico vigente.

A hermenêutica foi aplicada de forma magistral neste caso, indicando que a gravidade da infração penal praticada, não pode ser utilizada como justificativa para afronta e restrição aos princípios constitucionalmente garantidos. Embora a norma infraconstitucional possua conceitos abertos, posição alargada em relação à norma máxima, toda e qualquer interpretação deverá processar-se de acordo com a Constituição.

¹⁷³ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

¹⁷⁴ Art. 157 (...) § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

CONCLUSÃO

A presente monografia teve por objetivo analisar a decisão no *Habeas Corpus* nº 0049876-36.2012.4.01.0000/GO, proferida pelo Tribunal Regional Federal, 1ª Região, sob a relatoria do Desembargador Tourinho Neto.

Para tanto, percorremos nos capítulos iniciais a temática da interceptação telefônica enquanto medida restritiva de direitos fundamentais, buscando estabelecer os limites entre a inviolabilidade das comunicações e o interesse público, contextualizando sua previsão constitucional e na norma regulamentadora.

No primeiro capítulo, observou-se que Constituição Federal no seu artigo 5º, inciso XII, estabelece em caráter de exceção as hipóteses de interceptação telefônica: é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Ao analisar o artigo, nota-se que o referido preceito autoriza a violação apenas nos casos de comunicação telefônica, pois o vocábulo, “salvo, no último caso”, refere-se apenas a esta espécie de comunicação.

Não obstante isso, constatamos que antes da promulgação da Constituição de 1988, a inviolabilidade era quase absoluta, existindo previsão de violação em casos de extrema excepcionalidade amparado na disposição prevista no Código de Telecomunicações (Lei 4.117/62, art.56, § 2º).

Com a promulgação da Constituição de 1988, a questão foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, decidindo-se pela não recepção do mencionado Código de Telecomunicações.

Ademais fez necessário analisar detidamente a Lei 9.296/96, norma regulamentadora do procedimento de violação das comunicações, conforme previa a Constituição, e concluiu-se que:

- a) A Lei 9.296/96 trouxe uma visão alargada da violação das comunicações em relação à Constituição, em razão da inclusão da expressão “de qualquer natureza”, em confronto à previsão de excepcionalidade da expressão constitucional “salvo, no último caso”;
- b) Também alargou as hipóteses de violação prevista na Constituição ao incluir no rol de possibilidades de violação das comunicações via informática e telemática, não mencionadas no texto constitucional;
- c) A escolha pela redação negativa trouxe a ideia equivocada de que com exceção das situações ali elencadas, todas as demais serão passíveis da violação;
- d) A ausência de rol taxativo, usando como parâmetro apenas o critério da reclusão, pode submeter ao procedimento crimes de baixo potencial ofensivo, sujeitos à transação penal e suspensão do processo e excluindo outros que por sua natureza só poderiam ser apurados por meio da violação de correspondência;
- e) A falta de previsão do tempo máximo a que será submetido o indivíduo e o número de renovações permitidas, configura defeito grave, não raro possibilitando que o procedimento se protraia no tempo submetendo o indivíduo a longos períodos de invasão;
- f) A submissão de outros indivíduos não mencionados na autorização judicial para o procedimento invasivo (terceiros não envolvidos), sobre os quais não paira nenhum indício, viola todo e qualquer direito fundamental.

Feito este histórico, estamos aptos a analisar o caso julgado sob o enfoque das discussões aqui havidas.

Trata-se de decisão proferida pelo juízo de primeiro grau, a qual deferiu a pedido do Ministério Público a interceptação telefônica, ao argumento de que o patrimônio registrado em nome dos investigados fora adquirido com dinheiro recebido em decorrência de fraudes em licitação. A decisão foi atacada por meio do *Habeas Corpus* nº 0049876-36.2012.4.01.0000/GO, o qual passamos a analisar.

Concluimos que a decisão está correta, sob o ponto de vista legal e ainda mostra-se concordante com a doutrina. O voto do relator, embora tenha seus fundamentos na previsão legal, nem por isso deixou de aplicar os princípios constitucionais que norteiam o ordenamento jurídico pátrio, senão vejamos:

- a) O relator ao examinar o crime, o qual estava sendo imputado aos acusados, concluiu tratar-se de crime apenado com detenção, estando, portanto, inserido no rol de proibições previsto na Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, artigo 2º, inciso III;
- b) Também concluiu pela ausência de qualquer investigação preliminar com fito a comprovação dos fatos alegados, o que viola a disposição contida no artigo 2º, inciso II, da Lei 9.296/96.
- c) Entendeu também em sua decisão, que o órgão ministerial ao formular o pedido, não demonstrou o caráter de necessidade da medida, restringindo-se a justificar a corroboração do método em face às provas documentais existentes, em afronta ao que determina do artigo 4º, caput, da Lei 9.296/96.
- d) Em relação ao deferimento do pedido pelo juiz *a quo* o Desembargador-Relator concluiu que a fundamentação apresentada não estava de acordo com os ditames constitucionais e legais, julgando-a, portanto, insuficiente para justificar a indispensabilidade da interceptação como meio de obtenção de provas, em desacordo com previsão contida no artigo 5º da Lei 9.296/96.
- e) Por todo o exposto, o Desembargador em seu voto, o que foi acompanhado à unanimidade, declarou ilícitas as provas decorrentes da interceptação telefônica, considerando também ilícitas todas as provas destas decorrentes, direta ou indiretamente, determinando sua retirada dos autos, em homenagem ao disposto artigo 157 caput e § 1º, todos do Código de Processo Penal.

Ou seja, conforme vislumbramos no início deste estudo, a riqueza da fundamentação da decisão demonstrou que o *juiz a quo* deferiu a interceptação telefônica dos investigados em afronta a vários artigos contidos na norma infraconstitucional e ainda violando princípios com assento constitucional, cuja decisão foi fortalecida pelo conjunto da obra, levando a indubitável decretação da ilicitudes do acervo probatório produzido a partir da interceptação telefônica.

Foi composta comissão para reforma da Lei 9.296/96, cuja conclusão foi transformada em Anteprojeto de Lei em 2003, porém a concretização das reformas não foi implementada. Tramita atualmente na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 3.272/2008 visando à reforma da referida norma e adequação aos anseios doutrinários e jurisprudenciais, demonstrando preocupação do legislativo na adequação desta em relação ao direito interno e também ao direito comparado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas e gravações Clandestinas. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, publicado **Diário Oficial da União** em 13 out. 1941,

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2005.

BRASIL. Lei Nº 9.296, de 25 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, n. 95, 25 julho 1996. Seção 1. p. 13757.

BRASIL. Resolução nº 59, de 09 de setembro de 2008. Disciplina e uniformiza as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, a que se refere a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. **Diário Justiça-e**, Brasília, nº 48, 12 set. 2008. p. 20-23. Acesso em: 01 jun 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº. 137.349/SP. Sexta Turma. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 05/04/2011. **Diário da Justiça**, Brasília, 30 maio. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº. 76.686-PR. Sexta Turma. Relator Ministro Nilson Naves, julgado em 09/09/2008. **Diário da Justiça**, Brasília, 10 nov. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº. 137.349/SP. Sexta Turma. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 05/04/2011. **Diário da Justiça**, Brasília, 30 maio. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 69.912/RS. Tribunal Pleno. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 16/12/1993, **Diário da Justiça** 25/03/1994, vol.155. pg. 508.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 319-4. Tribunal Pleno. Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 03/03/93. **Diário da Justiça** em 30 abr.1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n HC 69.912/ RS. Tribunal Pleno. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 29/06/1993, **Diário da Justiça** 26 nov.1993. pg. 25532. Vol. 01727-02. Pg 00321.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82.788-8/RJ, Relator Ministro Celso de Melo. Segunda turma, julgado em 12/04/2005, **Diário da Justiça** 02 jun 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 85.575/SP. Segunda Turma. Relator

Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 28/03/2006, DJ 16 mar.2008

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 402.717-8/PR, Relator Ministro César Peluso. Segunda turma, julgado em 02/12/2008, publicado **Diário da Justiça n.30**, 13 fev.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 93050/ RJ. Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Melo, julgado em 10/06/2008, **DJe** 142 de 01 ago. 2008, pg. 00700.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Habeas Corpus nº 0048876-36.2012.4.01.0000/GO. Terceira Turma. Relator Ministro Tourinho Neto. **Diário da Justiça Federal da primeira região**. Brasília, ano IV, nº 184, publicado em 21 set.2012. p. 780/781.

CAPEZ, Fernando. Interceptação telefônica – Lei 9296, de 24 de julho de 1996. **Curso de Direito Penal**: legislação penal especial. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo. **Reformas penais em debate**. 1.ed. Editora Lumen Juris. 2005. p.152-153.

GARÓFALO, Cristina Bueno. Interceptações telefônicas na investigação criminal e proteção à intimidade individual: **conflitos de harmonização possíveis no sistema jurídico-penal contemporâneo**. Artigo apresentado no X Salão de Iniciação Científica da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/IVmostra/IV_MOSTRA_PDF/Ciencias_Criminais/71289-CRISTINA_BUENO_GAROFALLO.pdf>. Acesso em: 30 out. 2012.

GERMANO, Alberto. Polêmicas processuais das interceptações telefônicas (grampo telefônico). **Revista Jus Navegandi**, Teresina, v. 14, n. 2093, 25 mar. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12523>>. Acesso em: 30 mar.2012.

GOMES, Luiz Flavio. A dimensão da magistratura: no estado constitucional e democrático de direito: **independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flavio. Gravações telefônicas ilicitude e inadmissibilidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 5, mai/ago, 1998. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/149/236>>. Acesso em: 20 mar.2012.

GOMES, Luiz Flávio. Interceptação telefônica: prazo de duração, renovação e excesso. **Jus Brasil**. São Paulo, 13 maio 2009. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Interceptação Telefônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flavio; MACIEL, Silvio. Interceptação Telefônica: **comentários à Lei 9.296, de 24/07/1996**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

GRECO, Rogério. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Rio de Janeiro, 2002, ano 7, n. 14, Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAuE0AK/processo-penal>>. Acesso em: 30 mar.2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Seção VI - interceptações telefônicas. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**. 2.ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Regime brasileiro das interceptações telefônicas**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.5, nº 17, p. 112-126, jan./mar. de 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 23 ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Reforma da Lei de Interceptações prejudica defesa. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 29 ago. 1999. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-29/projeto-reforma-lei-grampos-prejudica-defesa-ada-pellegrini>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

LIMA NETO, José Henrique Barbosa Moreira. Da Inviolabilidade de dados: inconstitucionalidade da Lei 9296/96. (Lei de interceptação de comunicações telefônicas). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 2, n. 14, 1 jun. 1997. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/197/da-inviolabilidade-de-dados-insconstitucionalidade-da-lei-9296-96#ixzz1wB1e9LGY>>. Acesso em: 1 jun. 2012

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: **estudos de direito constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva.

MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno. **A proteção da privacidade nas comunicações eletrônicas no Brasil**. Tese apresentada na Universidade de São Paulo para obtenção do título de doutor. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-11112011-0949>>. Acesso em: 30 mar.2012.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande Sul, 2000. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5070>. Acesso em: 30 mar. 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Geraldo. **Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do superior tribunal de justiça**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

RICHTER, Henrique Buhai. **A aplicação da interceptação telefônica de acordo com a lei 9.296/96 e as garantias fundamentais: análise de caso**. Trabalho apresentado na conclusão do curso de bacharel de ciências jurídicas e sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/36351/000817441.pdf?sequence=>. Acesso em 20 out.2012

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte. Editora Del Rey. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. 3. ed. rev. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004

STREK, Lênio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição, cidadania, violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 562.

VERISSIMO, Dijonilson Paulo Amaral. **Princípio da inviolabilidade do sigilo das comunicações: o disposto no inciso XII, do artigo 5º da constituição federal**. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1997. Disponível em: <<http://www.mp.rn.gov.br/download/artigos/artigo17.pdf>>. Acesso em: 30 mar.2012.